

REVISTA DA AGU

Vol. 22 nº 04 - Brasília-DF - dez/2023

Dossiê | Dez Anos do Ministro Luís Roberto Barroso
no Supremo Tribunal Federal



Coordenação

João Carlos Souto

Aline Osorio

Patrícia Perrone Campos Mello

Luna van Brussel Barroso

Qualis A2
ISSN-L 1981-2035
ISSN 2525328-X



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
ESCOLA SUPERIOR DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
MINISTRO VICTOR NUNES LEAL

REVISTA DA
AGU
30 ANOS DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

volume 22 n° 04 - Brasília-DF, dezembro 2023

<https://revistaagu.agu.gov.br/>

Revista da AGU	Brasília	Qualis A2	v. 22	n° 04	p. 1-506	dezembro 2023
----------------	----------	--------------	-------	-------	----------	------------------

Revista da AGU

Escola Superior da Advocacia-Geral da União
Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 6, lote 800 – Térreo -
CEP 70610-460 – Brasília/DF – Brasil.
e-mail: eagu.avaliaeditorial@agu.go.br
© Advocacia-Geral da União - AGU – 2018

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Jorge Rodrigo Araújo Messias

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Flavio José Roman	Advogado-Geral da União Substituto
Clarice Costa Calixto	Secretaria-Geral de Consultoria
Marcelo Eugênio Feitosa Almeida	Procurador-Geral da União
André Augusto Dantas Motta Amaral	Consultor-Geral da União
Adriana Maia Venturini	Procuradora-Geral Federal
Isadora Maria Belém Rocha Cartaxo de Arruda	Secretária-Geral de Contencioso
Heráclio Mendes de Camargo Neto	Corregedor-Geral da Advocacia da União
João Carlos Souto	Diretor da Escola Superior da AGU
Francis Christian Alves Scherer Bicca	Ouvidor da Advocacia-Geral da União

ESCOLA SUPERIOR DA AGU

João Carlos Souto	Diretor da Escola Superior da AGU
Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio	Coordenador-Geral de Gestão de Pós-Graduação
Cláudia dos Santos Vieira	Coordenação de Desenvolvimento de Pós-Graduação Stricto Sensu

ABNT(adaptação)/Diagramação: Walbert Kuhne / Kamilla Souza
Capa: Walbert Kuhne / Kamilla Souza

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista da AGU / Escola Superior da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. – Brasília : EAGU, 2002.

v. ; 23 cm.

Quadrimestral: n.1, 2002-n.14, 2007. Trimestral: n.15, 2008-.

Primeiro número editado como edição especial de lançamento.

Primeiro título da publicação: Revista da AGU: Centro de Estudos Victor Nunes Leal Advocacia-Geral da União (2002-n.6, abr.2005). Altera o título para: Revista da AGU: Escola da Advocacia-Geral da União (n.7, ago. 2005-2007). Continuada com o título: Revista da AGU (2008-).

A partir de 2015, houve alteração no número dos exemplares. A Revista receberá numeração 1-4 em todos os anos subsequentes.

ISSN 1981-2035 (versão impressa)

ISSN 2525-328X (versão online)

I. Direito Público. II. Advocacia-Geral da União.

CDD 341.05
CDU 342(05)

EDITOR-CHEFE

JOÃO CARLOS SOUTO

Diretor da Escola Superior da AGU

Mestre e Doutor (Suma Cum Laude) em Direito (CEUB). Procurador da Fazenda Nacional.

VICE-EDITOR

HENRIQUE AUGUSTO FIGUEIREDO FULGÊNCIO

Coordenador-Geral de Gestão de Pós-Graduação

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília, pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina e em Teoria e Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado da União.

EDITOR-ASSISTENTE

CLÁUDIA DOS SANTOS VIEIRA

Coordenação de Desenvolvimento de Pós-Graduação Stricto Sensu

INDEXAÇÃO EM:

DIADORIM - Diretório de Políticas Editoriais das Revistas Científicas Brasileiras.

RVBI - Rede Virtual de Bibliotecas.

LATINDEX - Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal.

ACADEMIA.EDU - ferramenta (rede social Acadêmica) de colaboração destinada a acadêmicos e pesquisadores de qualquer área de conhecimento.

GOOGLE ACADÊMICO - Permite a pesquisa de assuntos de diversas disciplinas em diversas fontes, num só site.

PORTAL DE PERIÓDICOS CAPES

OASISBR - Acesso gratuito à produção científica de autores vinculados a universidades e institutos de pesquisa brasileiros.

CONSELHO EDITORIAL

INTERNACIONAIS

**CARLA AMADO GOMES
(UNIVERSIDADE DE LISBOA,
PORTUGAL)**

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Foi Vice-Presidente do Instituto da Cooperação Jurídica da Faculdade de Direito de Lisboa entre 2006 e 2014. Lecciona cursos de mestrado e Pós-graduação em Direito do Ambiente, Direito Administrativo e Direito da Energia em Angola, Moçambique e Brasil. Colabora regularmente em ações de formação no Centro de Estudos Judiciários.

**JOSÉ ALEXANDRE GUIMARÃES
DE SOUSA PINHEIRO
(UNIVERSIDADE DE LISBOA,
PORTUGAL).**

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Ciência

Jurídico-Política pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICJP) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

**NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA
(UNIVERSIDAD DE SALAMANCA,
ESPANHA)**

Professor Titular de Direito Processual da Universidad de Salamanca. Doutor em Direito pela Universidad de Salamanca. Desenvolve pesquisas nas Universidades de Kansas (USA), Turim (Itália) e Coimbra (Portugal).

**PEDRO T. NEVADO-BATALLA
MORENO (UNIVERSIDAD DE
SALAMANCA, ESPANHA)**

Professor Titular de Direito Administrativo da Universidad de Salamanca. Doutor em Direito Administrativo pela Universidad de Salamanca.

NACIONAIS

REGIÃO NORTE

**EDSON DAMAS DA SILVEIRA
(UEA/UFRR/PR)**

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito Ambiental (UEA) e em Desenvolvimento Regional da Amazônia (UFRR). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestrado e Doutorado em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Roraima.

**JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO
(CESUPA)**

Professor do Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA e da Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO. Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Procurador do Estado do Pará.

REGIÃO NORDESTE

**MONICA TERESA COSTA SOUSA
(UFMA)**

Professora dos Programas de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça e em Cultura e Sociedade (UFMA). Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista de Produtividade em Pesquisa da Fundação de Amparo à Pesquisa do Maranhão (FAPEMA). Avaliadora do MEC/INEP.

**MARTONIO MONT'ALVERNE
BARRETO LIMA (UNIFOR/CE)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UNIFOR). Pós-Doutorado em Direito pela Universidade de Frankfurt. Mestrado em Direito e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará (UFC) e Doutorado em Direito (Rechtswissenschaft) pela Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main. Procurador do Município de Fortaleza.

LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA (UFPE)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFPE). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Procurador do Estado de Pernambuco.

ARTUR STAMFORD DA SILVA (UFPE)

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito e de Direitos Humanos (UFPE). Pós-Doutorado pela Universidad Adolfo Ibáñez (UAI/Chile). Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq).

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO (UFBA)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFBA). Pós-Doutorado pela Pace University Law School, New York, onde é professor visitante e integra a diretoria do Brazilian-American Institute for Law and Environment (BAILE). Mestrado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Promotor de Justiça do Estado da Bahia.

FREDIE SOUZA DIDIER JUNIOR (UFBA)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFBA). Livre-Docência pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Advogado. Foi Procurador da República.

REGIÃO CENTRO-OESTE

JEFFERSON CARÚS GUEDES (UNICEUB/DF)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UniCEUB). Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

ARNALDO SAMPAIO DE MORAES GODOY (AGU/UNICEUB/DF)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UNICEUB). Livre-docência pela Universidade de São Paulo - USP. Pós-doutorado em Direito Comparado na Universidade de Boston-EUA, em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUC-RS e em Literatura no Departamento de Teoria Literária da Universidade de Brasília-UnB. Mestrado e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Membro da Advocacia-Geral da União.

MARCELO DA COSTA PINTO NEVES (UNB/DF)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UnB). Livre-Docência pela Faculdade de Direito da Universidade de Fribourg (Suíça). Pós-Doutorado na Faculdade de Ciência Jurídica da Universidade de Frankfurt e no Departamento de Direito da London School of Economics and Political Science. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Doutor em Direito pela Universidade de Bremen. Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq).

REGIÃO SUDESTE

JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA (UERJ)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UERJ). Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Master of Laws pela Harvard Law School e Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO (UERJ)

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito (UERJ/UCAM). Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

MARIA PAULA DALLARI BUCCI (USP)

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo (USP). Livre-Docência em Direito do Estado (USP). Mestre e Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Foi Procuradora-Geral do CADE. Procuradora da Universidade de São Paulo.

DIOGO ROSENTHAL COUTINHO (USP)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo (USP).

Livre-Docência em Direito Econômico (USP). Master in Science (MSc) em Regulação pela London School of Economics and Political Science (LSE, Londres) e Doutor em Direito na Universidade de São Paulo (USP). Pesquisador do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP) e do IGLP (Institute of Global Law and Policy).

TERESA CELINA DE ARRUDA ALVIM (PUC/SP)

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Livre-Docência pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Advogada.

THOMAS DA ROSA BUSTAMANTE (UFMG)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFMG). Pós-Doutorado na Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/Rio). Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq).

REGIÃO SUL

LÊNIO STRECK (UNISINOS/SC)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UNISINOS/UNESA). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

MARIANA FILCHTINER FIGUEIREDO (AGU/PUC/RS)

Pós-Doutorado junto ao Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik (Munique, Alemanha) e à Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Mestrado e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande

do Sul (PUC/RS). Membro da Advocacia-Geral da União.

REGINA LINDEN RUARO (PUC/RS)

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Pós-Doutorado no Centro de Estudios Universitarios San Pablo (CEU/Espanha). Doutora em Direito na Universidad Complutense de Madrid (UCM). Membro aposentada pela Advocacia-Geral da União.

PARECERISTAS

ADRIANA FERREIRA SERAFIM DE OLIVEIRA

Doutora em Educação pela UNESP - Rio Claro. Estágio doutoral na Espanha, em Psicologia Social com bolsa PSDE - CAPES na “Universidad Complutense de Madrid - Facultad de Ciencias Políticas y Sociología” com apoio da “Facultad de Derecho”. Mestra em Direitos Fundamentais Difusos e Coletivos pela UNIMEP de Piracicaba com bolsa do programa PROSUP-CAPES. Pós-graduada em Política e Relações Internacionais pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo -FESP-SP. Bacharel em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauriville -ITE. Pós-doutorado em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie - São Paulo. Pós-doutorado em Direito e Arte pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professora tutora EaD na UFABC e IFTO.

AMANDA FLÁVIO DE OLIVEIRA

Professora associada de Direito na Universidade de Brasília - UNB. Doutora, Mestre e especialista em Direito Econômico pela UFMG, com formação complementar em Louvain-la-Neuve.

AMÉRICO AUGUSTO NOGUEIRA VIEIRA

Professor Associado de Direito na Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pós-Doutorado no Programa de Pós-Graduação em Ciência da Informação UFPB (PPGCI/UFPB) e Pós-Doutorado em Direito no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ/UFPB). Doutorado em para Lógica e Teoria do Conhecimento (Epistemologia/Engenharia do Conhecimento). Mestrado de Memória Social e Documento da UNIRIO. Bacharel em Direito e advogado.

ANDRÉ GALVÃO VASCONCELOS DE ALMEIDA

Doutor e Mestre em Direito Público. Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Tributário pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Graduado em Direito e Advogado. Membro do grupo de pesquisa Recife Estudos Constitucionais (REC), da Associação Brasileira de Sociologia do Direito (ABraSd) e Coordenador do Núcleo de Direito Constitucional da ESA-PE (Escola Superior de Advocacia - Professor Ruy Antunes da OAB-PE) (2020-2021).

BRUNO JOSÉ QUEIROZ CERETTA

- Advogado no campo do Direito Público. Doutor em Direito do Estado na Universidade de São Paulo (2019-2023). Doutor em “Diritto Pubblico” na Universidade de Roma I - “La Sapienza (2019-2023) (cotutela em regime de dupla titulação). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. Membro da Associazione “Gruppo di Pisa”, de constitucionalistas italianos.

BRUNO MENESES LORENZETTO

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito (Direitos Fundamentais e Democracia) e Professor da Graduação do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil. Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-doutorando em Direito pela UFPR. Visiting Scholar na Columbia Law School, Columbia University, New York. Doutor em Direito pela UFPR na área de Direitos Humanos e Democracia. Mestre em Direito pela UFPR na área do Direito das Relações Sociais. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

CAIO SANTIAGO SANTOS

Professor da Universidade do Estado da Bahia (Colegiado de Direito, Campus XV, Valença). Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo, área de concentração Filosofia e Teoria Geral do Direito. Estágio de pesquisa (doutorado sanduíche) no Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra. Mestre em Direito e Bacharel em Direito pela USP. Foi Pesquisador Visitante no Instituto Internacional de Sociologia Jurídica de Oñati. Autor dos livros “Supremo Tribunal Federal e neoliberalismo: uma análise do período pós-1988” e “Defensoria Pública e movimentos sociais: novas possibilidades de acesso à Justiça no Brasil”.

CAMILA KÜHL PINTARELLI

Pós-Doutoranda em Direito pela Universidade de Coimbra. Doutora e Mestre em Direito pela PUC/SP. Procuradora do Estado de São Paulo (PGE/SP). Responsável por impulsionar a reforma constitucional de neurodireitos no Brasil (PEC 29/2023 - Senado Federal). Pesquisadora do Ethics4AI Group (Mackenzie/IDP), Colaboradora do Center for Artificial Intelligence da Universidade

de São Paulo (C4AI - IBM-FAPESP-USP) e da Rede ESSE Mundo Digital (CEIAS/RJ).

DEILTON RIBEIRO BRASIL

Pós-doutorado Direito na Università degli Studi di Messina (Itália). Pós-doutorado em Direito Ambiental no CENoR da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal) Pós-doutorado em Democracia e Direitos Humanos junto ao Ius Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos (IGC-CDH) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Doutorado em Direito pela Universidade Gama Filho do Rio de Janeiro-RJ. Mestrado em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos de Belo Horizonte-MG. Especialização lato sensu pela Universidade Presidente Antônio Carlos em Direito Público e em Direito Civil. Graduação em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos. Professor da Graduação e do PPGD - Mestrado e Doutorado em Direito Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna - UIT e da Faculdade Santo Agostinho - FASASETE/AFYA.

DIEGO RODRIGUES

Doutor em ciência da computação. Pesquisador em ciência de dados. Graduado em Análise e Desenvolvimento de Sistemas, com especialização em Educação empreendedora e em Gerenciamento de Projetos, Mestre em Modelagem Computacional do Conhecimento. Atualmente compoado a equipe do núcleo de Projetos da AGU-ENAC.

ELISA DE SOUSA RIBEIRO PINCHEMEL

Pesquisadora visitante no Institut Barcelona d'Estudis Internacionals, IBEI. Doutora e Mestre em Ciências Sociais pelo Centro de Pesquisa e Pós-Graduação Sobre as Américas da Universidade de Brasília (CEPPAC/UnB). Mestre em Direito Internacional e Relações Exteriores e Internacionais pelo Instituto Europeu Campus Stellae (Espanha). Especialista em Relações Internacionais e em Direito Internacional pela Faculdade Damásio. Bacharel em Direito pelo UniCEUB. Advogada internacionalista. Autora do livro “Mercosul: sobre democracia e instituições” e do livro “O que você gostaria de saber sobre o Acordo de Associação entre o Mercosul e a União Europeia, mas não tinha para quem perguntar: A questão ambiental explicada”.

JOÃO PAULO ROCHA DE MIRANDA

Professor Adjunto III da Universidade Federal do Pampa (UNIPAMPA), Campus Santana do

Livramento. Coordenador do Curso de Direito, do Campus Santana do Livramento, da UNIPAMPA. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará - UFPA. Mestre em Direito Agroambiental pela Universidade Federal do Mato Grosso - UFMT. Especialista em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso e Universidade de Cuiabá - FESMP-MT/UNIC. Especialista em Sociedade e Desenvolvimento Regional pela Universidade Federal do Mato Grosso - UFMT. Pós-graduado, ao nível de aperfeiçoamento, em Direito Ambiental pela Fundação Moore/IEB. Graduado em Direito pela UFMT. Graduado em Zootecnia pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. Advogado e Zootecnista.

JOSE IRIVALDO ALVES OLIVEIRA SILVA

Professor Associado da Universidade Federal de Campina Grande. Foi professor visitante na Universidad de Alicante. Pós-doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-doutor em Gestão de Águas pela Universidad de Alicante, Espanha. Pós-Doutor em Desenvolvimento Regional pela Universidade Estadual da Paraíba. Pós-Doutorando do Instituto René Rachou, Fiocruz Minas Gerais no grupo de pesquisa Privaqua. Doutor em Ciências Sociais. Doutor em Direito e Desenvolvimento. Pesquisador Produtividade do CNPq. Mestre em Sociologia. Especialista em Direito Empresarial. Graduado em Ciências Jurídicas. Professor colaborador do Mestrado em Administração Pública, permanente no Mestrado em Gestão e Regulação de Recursos Hídricos, ambos da UFCG, permanente no Mestrado em Desenvolvimento Regional, da UEPB e no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB, Mestrado e Doutorado.

JULIANA DINIZ FONSECA CORVINO

PhD em Direito - PUC RJ. Doutora em Ciência Política. Mestra em Direito. Bacharel em Direito. Licenciatura em Letras Portugêses e Literaturas de Língua Portuguesa - UFV. Pós-Graduação em Direito e Processo do Trabalho; Direito Civil Notáveis do Direito Civil; e Direito Médico. Docente do Banco de Avaliadores do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (BASis) do INEP/MEC e Elaboradora de Itens para o Enade INEP/MEC. Docente na graduação tecnológica da FATEC SENAC RJ e na pós-graduação do SENAC RJ.

JULIANA RODRIGUES FREITAS

Doutora em Direito Público, UFPA, com pesquisa sanduíche na Università di Pisa/Itália e na Universidad Diego Portales, Chile. Mestra em Direitos Humanos, UFPA. Pós-Graduada em Direito do Estado, Universidade Carlos III de Madri/Espanha. Graduada em Direito, Universidade da Amazônia. Advogada e Consultora Jurídica. Fundadora da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político - ABRADep. Professora da Graduação, Especializações e Mestrado em Direito, do Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA. Pesquisadora do Observatório de Direito Eleitoral do CNPQ, promovido pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Mineração e Desenvolvimento na Amazônia.

LEANDRO FERREIRA BERNARDO

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC-PR. Especialista em Direito Ambiental pela UNB, especialista em Direito Constitucional pela PUC-PR. Graduado em direito pela Universidade Estadual de Maringá. Professor. Procurador federal/AGU.

LEANDRO SARAI

Doutor e Mestre em Direito Político e Econômico e Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Graduado em Direito pela Universidade São Judas Tadeu. Advogado público. Membro do Comitê de Pós-Graduação (CPG) do Banco Central. Membro da Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos Administrativos da Advocacia-Geral da União. Membro da Câmara Permanente de Licitações e Contratos Administrativos da Procuradoria-Geral Federal.

LEONARDO MARQUES

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pelo Instituto Brasileiro de Direito Público. Professor dos programas de graduação e de pós-graduação stricto sensu da Universidade CEUMA, no Mestrado Profissional em Direito e Afirmação de Vulneráveis. Advogado da União.

LUCAS ISAAC SOARES MESQUITA

Doutor em Direito do Trabalho pelo programa “Administración, Hacienda y Justicia en el Estado Social” da Universidad de Salamanca (USAL).

Pedagogo e Advogado. Graduado e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (FDA/UFAL). Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade de Salamanca (USAL).

LUCIANA LAURA CARVALHO COSTA DIAS

Visiting Scholar (estágio pós-doutoral) junto à Universidade da Califórnia em San Diego (UCSD). Doutora em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília. Bolsista CAPES em doutorado-sanduíche junto à Université Paris 5. Analista junto à a Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento, CODHES (Colômbia), em estância doutoral. Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília.

LUCIANO SOUTO DIAS

Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Integrante do Grupo de Pesquisa cadastrado no CNPQ “Laboratório Verdade, Processo e Justiça,” da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES. Mestre em Direito Público pela UPAP. Especialista com pós-graduação *latu sensu* em Direito Civil e Direito Processual Civil, pela FADIVALE. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce- FADIVALE. Professor titular do curso de graduação em Direito na Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce – FADIVALE. Professor nos cursos de pós-graduação *latu sensu*, na FADIVALE. Professor de Pós-Graduação convidado na Faculdade Metropolitana de Paragominas/PA.

LUIS CLÁUDIO MARTINS DE ARAUJO

Estudos em Pós-Doutorado (Academic Visitor) pela Faculty of Law da University of Oxford (Oxford) e em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Doutorando em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), com período sanduíche (Visiting Scholar) pela University of Cambridge (Cambridge). Academic Visitor pela University of Oxford (Oxford). Visiting Fellow pelo Lauterpacht Centre for International Law da University of Cambridge (Lauterpacht Centre). Visiting Researcher pela Fordham University School of Law (Fordham). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Especialista em International Environmental

Law pelo United Nations Institute for Training and Research (UNITAR), com extensão em Private International Law pela Hague Academy of International Law (HAIL) e em International Law pela Organization of American States/ Inter-American Juridical Committee (OAS/ IAJC). Pós-graduado em Processo Constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Professor Titular V da graduação do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC). Professor do Programa de Pós-graduação stricto sensu (PPGD) da Universidade Cândido Mendes (UCAM). Membro da Advocacia-Geral da União (AGU) de categoria especial.

LUÍS RENATO VEDOVATO

Editor Associado do Journal of Poverty and Social Justice, Membro do Academic Advisory Group for the Global Center for Legal Innovation on Food Environments at ONeill Institute for National and Global Health Law. Pesquisador FAPESP do projeto de pesquisa “Direito das migrações nos Tribunais - a aplicação Nova Lei de Migração Brasileira diante da mobilidade humana internacional” Professor de Direito Internacional Público e Direito Ambiental na PUC de Campinas. Professor Associado da UNICAMP. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Educação da Faculdade de Educação da UNICAMP. Pesquisador do Projeto de Pesquisa Conjunto (UNICAMP e Cardiff University) Examining poverty in a polarised and unequal society: the potential of the Consensual Approach to poverty research in Brazil - UK Global Challenges Research Fund (GCRF). Pesquisador Associado do Observatório das migrações em São Paulo: migrações internas e internacionais contemporâneas no estado de São Paulo. Graduado, mestre e doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor MS-3 da UNICAMP.

MARCIA CRISTINA XAVIER DE SOUZA

Professora associada da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro e do PPGD/UFRJ. Graduada em Ciências Contábeis pela UERJ e em Direito pela Universidade Cândido Mendes-Centro. Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Gama Filho. Professora convidada dos cursos de Pós-Graduação em Direito da UERJ, da ESA/OABRJ e da ABDConst. Coordenadora do LEMASC -

Laboratório de Estudos de Meios Adequados de Solução de Conflitos (FND/UFRJ), trabalhando principalmente com os seguintes temas: acesso à justiça, juizados especiais cíveis e meios adequados de solução de conflitos.

MÁRCIA ANDREA BÜHRING

Pós-doutorado pela FDUL - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - Portugal. Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) (2013). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora da UFN - Universidade Franciscana Santa Maria. Professora nas especializações da ESMAFE.

MARCILENE

CAVALCANTE MARQUES

Doutora em Direito Previdenciário pela UVA- Universidade Veiga de Almeida. Mestre em Direito Previdenciário pela UCP- Universidade Católica de Petrópolis. Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdenciário. Graduada em Direito pela Universidade Gama Filho. Professora conteudista da área de Direito Previdenciário da Universidade Estácio de Sá. Professora da Pós Graduação em Direito Previdenciário, da Universidade Estácio de Sá na área de Direito Previdenciária e Trabalho na modalidade a distância.

MARTINHO MARTINS BOTELHO

Doutor pela Universidade de São Paulo (USP). Doutor em Teoria Econômica pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Mestre em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC PR). Mestre em Administração pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná (PGA/UTFPR). Mestre em Ciência Política pela UFPR/PPGCP. Mestre em Geografia pela Universidade Federal do Paraná (UFPR/PPGGEO). Especialista em Sociologia Política pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Ensino e Pesquisa na Ciência Geográfica (Unicentro). Especialista em Transportes Regionais Integrados pela “Università degli Studi di Roma I, La Sapienza” - Instituto Mercosul de Formação (IMF). Especialista em Direito da União Europeia pela Associação de Estudos Europeus de Coimbra da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (AEEC/FDUC). Especialista em Direito Penal Econômico, Internacional e Europeu pelo Instituto de Direito Penal

MARGARETE

Econômico e Europeu (IDPEE/FDUC). Regulação Pública e Concorrência pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE/FDUC). Graduado em Direito pela PUC PR, em Ciências Econômicas pela UFPR, em Geografia pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Pesquisador visitante do “Institut für Recht und Ökonomik” (IRÖ) da “Universität Hamburg” (UHH), Alemanha. Pesquisador visitante do “Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht”, Hamburg). Pesquisador visitante do “Institut für Ausländisches und Internationales Finanz- und Steuerwesen” (IIFS), Hamburg. Professor permanente do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Internacional Uninter, linha de pesquisa “Jurisdição e processo na contemporaneidade”.

MAURÍCIO DA CUNHA SAVINO FILO

Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal de Santa Catarina. Mestrado em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos - PPGD – UNIPAC. Graduação e Pós-Graduação lato sensu em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC). Professor na Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Participa da Rede de Pesquisa em Republicanismo, Cidadania e Jurisdição - RECIJUR, que congrega: UFSC, UCS e UNESC. LADSSC - Laboratório de Direito Sanitário e Saúde Coletiva. Advogado.

NELSON FLÁVIO FIRMINO

Pós Doutor (PhD) em Direito pela Universidade de Coimbra (POR). Pós- Doutor (PhD) em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra (POR). Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino UMSA (ARG); Mestrado em Direito Internacional Público pela Universidade de Wisconsin (EUA). Pós Graduação em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Castelo Branco-RJ. Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental do Estado de Minas Gerais. Gestão Governamental e Justiça pela Universidade de Harvard e em Ciência Política pela Universidade de São Paulo (USP). Professor do Curso de Pós Graduação da Universidade Cândido Mendes-RJ. Professor Convidado em Cursos de Pós-Graduação em Direito. Consultor Jurídico na República Federativa do Brasil. Advogado.

NEURO ZAMBAM

Estágio de Pós-Doutorado na Università Mediterranea di Reggio Calabria - IT. Estágio de Pós-Doutorado na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - BR . Doutorado em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Mestrado em Sistemas Éticos pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Especialização em Epistemologia das Ciências Sociais. Graduação em Teologia pelo Instituto de Teologia e Pastoral de Passo Fundo. Graduação em Filosofia pela Universidade de Passo Fundo. Docente do Programa de Pós-Graduação em Direito e da graduação em Direito e Psicologia da ATITUS EDUCAÇÃO.

RAFAEL SILVEIRA E SILVA

Doutor e Mestre em ciência política pela Universidade de Brasília. Possui graduação em ciências econômicas pela Universidade de Brasília e especialização em políticas públicas e gestão governamental pela Escola Nacional de Administração Pública. Professor do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), do Instituto Legislativo Brasileiro (ILB) e do Instituto Serzedello Corrêa (ISC/TCU).

RAPHAEL MAIA RANGEL

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pós-Doutorado em Direito Processual pela Universidade de São Paulo. Visiting Ph.D. Reseacher no Dipartimento Di Scienze Giuridiche da Università Degli Studi di Firenze. Professor Doutor de Direito Processual Civil da FAESA. Professor de Direito Civil e Processo Civil da Universidade Estácio de Sá.

RENAN MELO DE SOUSA

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) com período de intercâmbio junto à Universidade de Coimbra - Portugal. Pós-Graduado em Direito Civil - Contratos pela PUC/SP. Pós-Graduado em Direito Internacional pela Escola Paulista de Direito. Mestre em Filosofia do Direito pela PUC/SP. Aluno do Curso de Doutorado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Advogado.

RICARDO OLIVEIRA ROTONDANO

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Especialista em

Direito Constitucional pela Universidade Gama Filho (UGF). Bacharel em Direito pela Faculdade Ruy Barbosa (UniRuy). Vice-Coordenador do Mestrado em Estudos Culturais, Memória e Patrimônio (PROMEP). Docente do Curso de Direito da Universidade Estadual de Goiás (UEG).

ROGÉRIO PICCINO BRAGA

Advogado. Pós-doutorado no *Ius Gentium Conimbrigae* da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito Constitucional - ITE/Bauru. Autor do livro “Recall no Judiciário e a Composição do STF (Juruá Editora), Separação de Poderes e Funções do Estado Democrático de Direito, Direito Fundamental à Inimputabilidade Penal, O ensino religioso obrigatório como Direito fundamental à superação da finitude humana e do livro “Relações de Sujeição Especial no Direito Municipal”.

SÉRGIO RODRIGO DE PÁDUA

Doutor e Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo UniBrasil - Centro Universitário Autônomo do Brasil (Curitiba). Especialista em Teoria Crítica dos Direitos Humanos pela Universidad Pablo de Olavide (Sevilla/Espanha), Especialista em Direito e Administração Pública pelo IBE (Ponta Grossa). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Coordenador da Pós-graduação em Direito Contemporâneo Aplicado do UniBrasil. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR).

SERGIO TORRES TEIXEIRA

Magistrado, desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região (Pernambuco). Graduação em direito e pós-graduação (especialização) em Direito Público e em Direito do Trabalho pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Mestrado e doutorado em direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Professor Associado IV da Faculdade de Direito do Recife/UFPE e Professor Adjunto IV da UNICAP, nos cursos de graduação, pós-graduação lato sensu, mestrado e doutorado. Professor, coordenador científico e Diretor da Escola Superior da Magistratura do Trabalho - ESMATRA e professor/instrutor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT), da Escola Judicial do TJPE (ESMAPE), da Escola Judicial do TRT6 e de Escolas Judiciais de outros dezoito TRTs.

Ocupa a cadeira nº 33 da Academia Nacional de Direito do Trabalho, a cadeira nº 16 da Academia Pernambucana de Letras Jurídicas e a cadeira nº 02 da Academia Pernambucana de Direito do Trabalho.

THAMI COVATTI PIAIA

Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Bolsa da CAPES durante o período de doutoramento e contemplada com bolsa do Programa de Doutorado Sanduíche no Exterior (PDSE) na Universidade de Illinois, campus de Urbana-Champaign - Estados Unidos, atuando como visiting scholar. Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI - campus de Santo Ângelo/RS. Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI - campus de Frederico Westphalen/RS. Professora na Graduação e no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI - campus de Santo Ângelo/RS. Pesquisadora na FADISP.

URÁ LOBATO MARTINS

Doutora em Políticas Públicas e Formação Humana pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito pela UFPA. Graduação em Direito pela UFPA. Advogada. Faz parte do Comitê de Pesquisa, Extensão e Iniciação Científica da Faculdade Estácio do Pará - FAP (área do Direito). Avaliadora de curso superior do MEC (Ministério da Educação). Desenvolve pesquisa interdisciplinar no âmbito do Direito Público e da Política Pública.

AUTORES

ADEMAR DE SOUZA FILHO

Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (UFF) e graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Colaborador da Clínica de Direitos Fundamentais da UERJ. Professor do Mestrado e Doutorado do IDP.

ALINE OSORIO

Mestre em Direito Público pela UERJ. Mestre em Direito (LL.M.) pela Harvard Law School. Professor de Direito do CEUB.

ANA MARIA D'ÁVILA LOPES

Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Atualmente é professora titular do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional (Mestrado/Doutorado) da Universidade de Fortaleza - UNIFOR.

ANA PAULA DE BARCELLOS

Doutorado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e pós-doutorado pela Universidade de Harvard. Atualmente é Professora Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

ANDRÉ RODRIGUES CYRINO

Professor Adjunto de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Master of Laws pela Yale Law School (EUA). Doutor e Mestre em Direito Público pela UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

ANDRÉ TOSTA

Doutorando em Direito Público pela UERJ. Advogado.

BRENDA CAMILLI ALVES FERNANDES

Doutora em Ciências da Comunicação - Universidade do Minho (Braga - Portugal). Especialista em Ministério Público, Direito e Cidadania pela FESMP/RN e em Direito do Consumidor e Relações de Consumo pela UnP. Professora de Direito do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte (IFRN).

ARNALDO SAMPAIO DE MORAES GODOY

Doutorado em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil(2002). Professor do Instituto de Educação Superior de Brasília, Brasil.

CAIO CÉSAR ALVES FERREIRA RAMOS

Mestrando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV). Procurador do Estado de São Paulo.

CARMEN BEATRIZ DE LEMOS TIBURCIO RODRIGUES

Doutorado em Direito pela University of Virginia (1998). Atualmente é Professora Titular de Direito Internacional Privado da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e consultora no escritório de advocacia Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça e Associados. Ministrou curso sobre cooperação jurídica na Academia de Direito Internacional da Haia em agosto de 2017.

CLÁUDIO MACEDO DE SOUZA

Doutor em Ciências Penais pela UFMG – Universidade Federal de Minas Gerais. Professor dos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação na UFSC. Coordenador do GDPI – Grupo de Pesquisa de Direito Penal Internacional CNPq – UFSC e advogado.

EDSON VIEIRA DA SILVA FILHO

Pós Doutor pela UNISINOS e Doutor em Direito pela UNESA. Professor Adjunto da Faculdade de Direito do Sul de Minas em tempo integral (DE) e membro do Núcleo Docente Estruturante. Professor do PPGD da FDSM. Presidente da Fundação Sul Mineira de Ensino.

FELIPE CHIARELLO DE SOUZA

Possui mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2000) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2006). Foi Secretário Municipal de Educação de São Vicente/SP. Atualmente é Pró-Reitor de Pesquisa e Pós-Graduação e Professor Titular da Faculdade de Direito e do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Político e Econômico da Universidade

Presbiteriana Mackenzie. Professor colaborador do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF). Advogado.

FERNANDO DE BRITO ALVES

Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE / Bauru-SP. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Realizou estágio de pós-doutorado no Ius Gentium Conimbrigae da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Visiting researcher na Universidad de Murcia. Atualmente é Procurador Geral da UENP, Editor da Argumenta Journal Law, e Assessor Técnico da Secretaria de Estado de Ciência, Tecnologia e Ensino Superior do Estado do Paraná.

GUSTAVO BINENBOJM

Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Master of Laws (LL.M.) pela Yale Law School. Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Professor de Cursos de Pós-Graduação da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas e Professor Emérito da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Advogado.

JOÃO CARLOS SOUTO

Professor de Direito Constitucional (UDF/Brasília), Mestre e Doutor (Suma Cum Laude) em Direito (CEUB), Procurador da Fazenda Nacional. É autor de “Suprema Corte dos Estados Unidos - Principais Decisões”, (4ª ed/2021, Atlas).

JOÃO VICTOR MARTINS DOMINGOS

Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Pós-graduado (Lato Sensu) em Gestão Ambiental pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte (IFRN). Bacharel em Direito pela UFRN. Técnico em Controle Ambiental pelo IFRN.

JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA

Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UERJ. Mestre e doutor em Direito Público (UERJ). Master of Laws (Harvard). Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

LARA CAXICO MARTINS MIRANDA

Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Mestre em Direito

Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Professora de Direito do Trabalho da Faculdade de Tecnologia do Vale do Ivaí FATEC.

LEONARDO SILVEIRA ANTOUN NETTO

Mestre em Direito Público pela UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

LÚCIO DE SOUZA MACHADO

Pós-Doutor e Doutor em Psicologia (com ênfase em Psicologia Organizacional e do Trabalho), pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO). Mestre em Controladoria e Contabilidade Estratégica pelo Centro Universitário Álvares Penteados (UNIFECAP). Professor adjunto IV da Universidade Federal de Goiás (UFG).

LUIZ GUSTAVO TIROLI

Doutorando em Educação pela Universidade Estadual de Londrina (PPEdu-UEL). Mestre em Educação pela Universidade Estadual de Londrina (PPEdu-UEL). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Bacharel em Administração de Empresas pelo Centro Universitário Filadélfia (UNIFIL). Licenciando em Pedagogia pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR).

MARCELA MODESTO FERMINO

Mestrado em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM.

MARIANA BARBOZA BAETA NEVES MATSUSHITA

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico (Mestrado e Doutorado) e Coordenadora de Educação Continuada da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie- UPM - São Paulo/SP; Doutora e Mestre pela PUC/SP ambos com bolsa de estudos, pela CAPES e CNPq respectivamente; DEA - Diploma de Estudios Avanzados pela Universidad de Barcelona - España; Posgrado en Derecho Tributario Internacional - Universidad de Barcelona - España ; MILE - Master in International Law and Economics - World Trade Institut - Bern Universität - Switzerland; Advogada.

MAURÍCIO DA CUNHA SAVINO FILÓ

Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade

Federal de Santa Catarina (2018). Lecionária desde agosto de 2011, na Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Advogado.

PATRICIA FERREIRA BAPTISTA

Professora Associada de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UERJ. Doutora em Direito do Estado pela USP. Procuradora do Estado do Rio de Janeiro.

PATRICIA PERRONE CAMPOS MELLO

Professora-Doutora Centro Universitário de Brasília (UnICEUB). Doutora e mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. Assessora de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

PAULO BARROZO

Boston College Law School.

PEDRO RUBIM BORGES FORTES

Professor Adjunto de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Cândido Mendes (UCAM). Doutor em Direito pela Universidade de Oxford, J.S.M. pela Universidade de Stanford, LL.M. pela Universidade de Harvard, Pós-graduado em Meio-Ambiente (M.B.E) pela COPPE-UFRJ, Graduado em Administração pela PUC-RJ e Graduado em Direito pela UFRJ. Promotor de Justiça Titular no Rio de Janeiro e ex-Procurador do Banco Central do Brasil.

SÉRGIO ALEXANDRE DE MORAES BRAGA JUNIOR

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professor titular da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN) e Professor Associado I da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

SÉRGIO THIAGO MORAIS DE REZENDE DALESCIO

Mestrando em Ciências Contábeis pela Universidade Federal de Goiás – UFG. Auditor de Controle Externo no Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás (TCM-GO), coordenador da Comissão Multidisciplinar

Específica sobre Concessões e PPP's. Membro do Comitê sobre Concessões e PPP's do Instituto Rui Barbosa (IRB).

SORAYA TESHIMA

Mestre em Direito pela UFSC – Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade do Vale do Itajaí. Graduada em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Advogada.

VALTER SHUENQUENER DE ARAUJO

Doutorado em Direito Público pela UERJ (conclusão em 2008). KZS pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg. Atualmente é Professor Associado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Conferencista da EMERJ. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ (PPGD). Juiz Federal.

SUMÁRIO

EDITORIAL..... 19

DOSSIÊ | Dez Anos do Ministro Luís Roberto Barroso no Supremo Tribunal Federal

The Spirit of Brazilian Law: Rise and Maturity
O Espírito do Direito Brasileiro: Ascensão e Maturidade
Paulo Barroço (Autor Estrangeiro Convidado)..... 21

Compensações Punitivas por Violações de Direitos Fundamentais dos Presos: Reflexões sobre o Futuro da ADPF 347 no STF
Punitive Compensations for Violations of Fundamental Rights of Prisoners: Reflections on the Future of the Claim of Non-Compliance with a Fundamental Precept (ADPF) 347 Before the Brazilian Federal Supreme Court
Ademar Borges de Sousa Filho
Aline Osório 63

Discrimination and Law Beyond Punishment. Jury Discriminatory Acquittals. the Brazilian Supreme Court and ADPF 779 Decision
Discriminação e Direito para além da punição. Absoluções discriminatórias pelo Tribunal do Júri. STF e a decisão da ADPF 779
Ana Paula de Barcellos 91

Lei e Regulamento na Visão do Ministro Barroso
Law and Administrative Ordinance According to Justice Barroso
André Rodrigues Cyrino
Caio César Alves Ferreira Ramos 117

O Ministro Roberto Barroso e a Revolução da Brevidade: Notas para uma Teoria Literária da Boa Escrita
Jurídica the Justice Roberto Barroso and the Revolution of Brevity: Remarks Upon a Literary Theory on Good Legal Writing.
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy..... 143

A Convenção da Haia Sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980: Conceitos Fundamentais, Propósito e Óbices ao Retorno
The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, 1980: Fundamental Concepts, Purpose And Exceptions to the Return
Carmen Beatriz De Lemos Tiburcio Rodrigues..... 161

Liberdade de Organização Laboral, Terceirização e Pejotização: A Contribuição do Ministro Luís Roberto Barroso

*Freedom of Labor Organization, Outsourcing And “Pejotização”:
Justice Luís Roberto Barroso’s Contribution*
Gustavo Binenbojmi 181

A Contribuição de Luís Roberto Barroso e Harry Blackmun à
Emancipação da Mulher no Brasil e nos Estados Unidos
*The Contribution of Luís Roberto Barroso and Harry Blackmun to the
Emancipation of Women in Brazil and in the United States*
João Carlos Souto 199

Qual é o Papel do Acadêmico de Direito Junto às Instituições Públicas?
Reflexões a Partir da Carreira de Luís Roberto Barroso
*What is the Role of Legal Scholars in Public Decision-Making? Some Thoughts
Based on Luís Roberto Barroso’s Career*
José Vicente Santos de Mendonça
André Tosta 227

Parâmetros para o Dever de Transparência da Administração Pública
Parameters for the Public Administration’s Duty of Transparency
Patrícia Ferreira Baptista
Leonardo Silveira Antoun Netto 243

O Direito Humano ao Meio Ambiente na Visão do STF: O Papel da
Corte no Enfrentamento da Crise Climática
*The Human Right to the Environment in the View of the STF: The Role of the
Court in Addressing the Climate Crisis*
Patricia Perrone Campos Mello (Autora Convidada) 261

A Crítica Ilusionista: Uma Defesa de ‘A Razão Sem Voto’
The Illusionist Critique: A Defense of ‘Reason Without Vote’
Pedro Rubim Borges Fortes 287

O Direito Administrativo entre o Ideal e o Real: O Papel da Jurisdição
Constitucional na Concretização da Teoria
*Administrative Law Between the Ideal and Real: The Role of Constitutional
Jurisdiction in the Realization of the Theory*
Valter Shuenquener de Araujo 305

ARTIGOS

Acceso de los Indígenas A La Justicia: Aportes de la Corte Interamericana
y del Consejo Nacional de Justicia Brasileño
*Indigenous Access to Justice: Contributions from the Inter-American Court and The
Brazilian National Council of Justice*
Ana Maria D’ávila Lopes 329

A Nova Política de Segurança Pública de Enfrentamento ao Tráfico Ilícito de Drogas por meio da Gestão de Ativos <i>The New Public Security Policy to Combat Illicit Drug Trafficking Through Asset Management</i> Cláudio Macedo de Souza Soraya Teshima.....	353
A Convenção nº 169 da OIT e o Direito à Consulta Prévia, Livre e Informada: Relação Com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana <i>Ilo Convention nº 169 and the Right to Prior, Free and Informed Consultation: Relationship With the Principle of the Dignity of the Human Person</i> João Victor Martins Domingos Sérgio Alexandre de Moraes Braga Junior Brenda Camilli Alves Fernandes.....	379
Repensando a Relação Entre Estado, Sociedade e Natureza Sob o Viés da Ética Levinasiana <i>Rethinking the Relationship Between State, Society and Nature Under the Levinian Ethics Bias</i> Luiz Gustavo Tiroli Lara Caxico Martins Miranda Fernando de Brito Alves.....	401
Uma Proposta Decolonializada: Justiça Restaurativa à Brasileira <i>A Decolonialized Proposal: Restorative Justice in Brazil</i> Marcela Modesto Fermino Edson Vieira da Silva Filho.....	421
Não Recepção das Alíneas “A” e “B” do Inciso II do Artigo 47 do CTN Pela CF/88 e Seus Efeitos na Segurança Jurídica e na Democracia Fiscal <i>Non-Reception of Paragraphs “A” and “B” Of Subparagraph II of Section 47 Of The Brazilian Tax Code by the Brazilian Federal Constitution of 1988 And its Effects on Legal Security and Tax Democracy</i> Mariana Barboza Baeta Neves Matsushita Felipe Chiarello de Souza.....	439
Contribuições da Ciência Logosófica para o Acesso à Justiça <i>Contributions of Logosophical Science to Access to Justice</i> Maurício da Cunha Savino Filó.....	459
Habilitação Econômico-Financeira na Concessão de Serviços Públicos: Estudo Empírico com Empresas do Setor de Saneamento Básico <i>Economic-Financial Qualification in the Concession of Public Services-Empirical Study with Companies in the Basic Sanitation Sector</i> Sérgio Thiago Moraes de Rezende Dalescio Lúcio de Souza Machado.....	479

EDITORIAL

DEZ ANOS DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

HOMENAGEM DA ADVOCACIA PÚBLICA DA UNIÃO

O dossiê “Dez Anos do Ministro Luís Roberto Barroso no Supremo Tribunal Federal” traz um tributo a um jurista que foi não apenas um dos maiores advogados públicos do país, mas é, na atualidade, um dos seus mais importantes constitucionalistas. De fato, Luís Roberto Barroso, nesta década de judicatura, foi o relator ou participou de forma significativa de muitas das causas mais importantes que o Tribunal apreciou em matéria de direitos humanos. Ao longo de toda a sua trajetória, produziu e segue produzindo, como professor, obras acadêmicas de indiscutível relevância para o desenvolvimento do direito constitucional brasileiro. O presente dossiê celebra não apenas seus 10 (dez) anos como ministro da Corte, mas também sua recém iniciada gestão como presidente do STF e como presidente do Conselho Nacional de Justiça.

Com esse propósito, o dossiê traz artigos científicos inéditos, que tratam do legado do homenageado para o direito constitucional, dentro e fora do Supremo Tribunal Federal. Tais trabalhos percorrem um amplo espectro de temas, que abordam suas contribuições para a efetividade das normas constitucionais; para a proteção de direitos fundamentais de todas as pessoas; concepções hermenêuticas que pregam que os magistrados exerçam uma função construtiva das normas; e até mesmo o reconhecimento dos diversos papéis desempenhados pelo STF, incluindo um papel “iluminista”, exercido com extrema cautela. Os trabalhos aqui publicados também destacam como o Ministro Barroso tem introduzido, por meio de seus textos e votos, uma nova forma de tratar e comunicar o direito constitucional, mais simples, breve e de fácil compreensão, importante para ampliar o acesso do cidadão comum às decisões do Supremo. Tratam igualmente dos diferentes caminhos possíveis na interlocução entre o Poder Judiciário e a academia.

Além disso, as ideias antes aludidas se refletem em um amplo conjunto de decisões judiciais sobre temas relevantes também abordados pelas obras publicadas no dossiê. Nessa medida, trata-se, a título ilustrativo, do direito à igualdade de gênero e ao enfrentamento da tese de “legítima defesa da honra” como argumento inapto a justificar a absolvição pelo

crime de feminicídio. Examina-se o direito à interrupção da gestação e à emancipação feminina. Analisa-se o regime jurídico aplicável ao sequestro internacional de crianças. Desenvolve-se a concepção de um direito humano e fundamental ao meio ambiente equilibrado, reconhecendo-se o status supralegal ou mesmo constitucional dos tratados que tratem do tema no direito brasileiro, conforme seu processo de aprovação. Aborda-se a categoria das compensações punitivas como um mecanismo de reparação de danos decorrentes das violações de direitos fundamentais dos presos. Disserta-se sobre as contribuições nacionais e internacionais voltadas à efetiva proteção dos povos indígenas.

No que se refere ao Estado e suas instituições, examinam-se parâmetros materiais extraídos da Constituição para o exame da legitimidade do poder regulamentar da Administração Pública. Aborda-se o dever estatal de transparência no âmbito das punições disciplinares, propondo-se limites e critérios para sua concretização. Trata-se das possíveis contribuições do direito constitucional administrativo para a transformação do Estado, para o desenvolvimento econômico e para a livre organização dos processos produtivos e laborais.

O dossiê faz uma homenagem mais do que merecida a uma obra – acadêmica e jurisprudencial – de extensão e profundidade difíceis de retratar, bem como a um jurista cuja produção segue a pleno vapor: com reflexões que guiam a efetivação e a afirmação de direitos, transformam as instituições e inspiram a comunidade jurídica e as novas gerações. Ao homenageado, com grande admiração, a Escola Superior da Advocacia-Geral da União presta essa pequena contribuição, seu apoio institucional e sua admiração incondicional.

Brasília, 12 de novembro de 2023.

Coordenadores do Dossiê

João Carlos Souto

Aline Osorio

Patrícia Perrone Campos Mello

Luna van Brussel Barroso

THE SPIRIT OF BRAZILIAN LAW: RISE AND MATURITY

O ESPÍRITO DO DIREITO BRASILEIRO: ASCENSÃO E MATURIDADE

*Paulo Barrozo*¹

SUMMARY: Preamble. 1. First There Was Law. 2. The Spirit of Brazilian Law. 3. Complexity, History, Reason and Democracy. 4. The Age of Maturity. Conclusion. References.

¹ Boston College Law School.

ABSTRACT: This article offers an interpretation, in high altitude, of law and legal thought in Brazil. It is divided into four main parts. Part I argues that law is coeval with human history. This deep evolutionary past is the reason why law eventually became ubiquitous. The ubiquity of law both permits variation and sets limits to its national/cultural development. Part II describes and explains the core causal and attitudinal differentials of Brazilian law, of its spirit. Part III explains why and how the current paradigm of legal thought conditions the age of maturity of Brazilian law. Part IV addresses the task ahead for the spirit of Brazilian law. It must now do two things: it has a constitutional order to ever more fully and constantly materialize and it must at last develop grand, systematic formulations of its unique conception of the relationship between law and reality. Further progress on the former, I further argued, depends on the latter. Perhaps legal thought in Brazil still imagines itself peripheric. Perhaps, because of that, it hesitates. It is not and it should not. Now, in the age of its maturity, Brazilian legal thought should appropriate on its own terms the long tradition of universal legal thought, and enlarge it.

KEYWORDS: The spirit of brazilian law; Legal thought in Brazil; Particular and universal aspects of legal thought in Brazil.

RESUMO: Este artigo oferece uma interpretação, de alta altitude, do direito e do pensamento jurídico no Brasil. Está dividido em quatro partes principais. Parte I argumenta que o direito é coevo da história humana. Este longínquo passado evolutivo é a razão pela qual o direito tornou-se, hoje, onipresente. A onipresença do direito permite variação e estabelece limites ao seu desenvolvimento nacional/cultural. Parte II descreve e explica os principais diferenciais causais e atitudinais do direito brasileiro, de seu espírito. Parte III explica porque e como o atual paradigma do pensamento jurídico condiciona a era da maturidade do direito brasileiro. Parte IV aborda a tarefa que o espírito do direito brasileiro tem pela frente. Ele deve agora fazer duas coisas: crescente e continuamente materializar uma ordem constitucional e finalmente desenvolver formulações grandiosas e sistemáticas da sua concepção única da relação entre o direito e a realidade. Progresso no primeiro depende do último. Talvez o pensamento jurídico no Brasil ainda imagine-se periférico. Talvez por esta razão hesite. Não é e não deveria. Agora, na era da sua maturidade, o pensamento jurídico brasileiro deveria apropriar-se, nos seus próprios termos, da longa tradição do pensamento jurídico universal e ampliá-la.

PALAVRAS-CHAVE: O Espírito do direito brasileiro. Pensamento jurídico no Brasil. Aspectos particulares e universais do pensamento jurídico no Brasil

A meu pai, visionário e idealista como o espírito do seu direito.

PREAMBLE

In these pages,²³ I offer a general interpretation of law and legal thought in Brazil. To many – maybe most, or even all – who daily experience and think Brazilian law, it will play a dissonant note. To them, instead of pontificating the “know thyself” formula, I extend an invitation to think with me in the pages that follow.

From this point, I proceed in five parts. In *First There Was Law*, I seek to show that, diachronically, law is co-eval with, and indeed is the differentiation element of, human history, which is the reason why, synchronically, it is ubiquitous. In *The Spirit of Brazilian Law*, I attempt to capture and explain the core causal and attitudinal differentials of Brazilian law, of its spirit. In *Complexity, History, Reason and Democracy*, I return to the ontology of law mentioned in the first part in order to explain specifically why and how it gave rise to a paradigm of legal thought that conditions *the age of maturity* of Brazilian law. In this part, I also argue that contemporary Brazil is high-complexity society. In *The Age of Maturity*, I have a word or two about what is required of the spirit of Brazilian law in its current stage. The essay ends with *Final Remarks*.

This essay builds on previous ones (BARROZO, 2015, 2021, 2023).⁴ Having in mind readers unfamiliar with them, I repeat here some of the ideas developed there.

1. FIRST THERE WAS LAW

Think of today’s law as a highly rationalized (abstract, general, posited, public, self-referential, and systemically-structured) descendent of what first appeared as the norms⁵ of coexistence of the earliest stable human associations. How did we get here from there?

2 I offer these reflections to Tereza – “Anjo baixado da celeste altura, Que espancou as trevas deste mundo ingrato” – & Luís Roberto – “a tarefa de construir as instituições de um país [...] exige energia, idealismo e imunização contra a amargura.

3 I gratefully acknowledge the outstanding assistance of Carolina Quintana Cardoso, J.D. Candidate, Boston College Law School, and the support of the Boston College Law School Fund for research. You may contact me at barrozo@bc.edu.

4 This article presents a much-expanded version of “The Spirit of Brazilian Law” (BARROZO, 2023).

5 In this essay I use the term “norm” in its most general sense, to include formal sources of law as well as customs, legal principles, etc., and the outcome of their interpretation.

We got here via the way legal thought evolved to sufficiently accommodate the pressures, often discordant, of problem-solving and axiological-guidance. This evolutive process began in ancient times. Then, law gave rise to modes of thinking that would make justification and contestation central to humanity. This occurred because law disciplined not only conduct, it also disciplined thinking and discourse. In law, such discipline was made stricter over time by the creation of institutions which evolved to host justificatory and contestatory practices. That in turn made justification and contestation organized, procedural, generative, cumulative, and consequential. A self-perpetuating mechanism was thus created. Institutionalization made justification and contestation ever more important, which in turn lead to their further institutionalization. Any field of law – say civil procedure or criminal law or international law – is a fractal that reproduces this evolutionary path.⁶

Concomitantly, another process unfolded: the expanses of life regulated by law became ever larger to the point today that there is no aspect of individual existence and society that is not constituted or regulated by law. Consequently, institutionalized justification and contestation became coextensive with individual and collective life.

All considered, it is thus appropriate to say that as law and *through* law, human history, as the history of the normative creatures that we became, began to detach from natural history. First there was law, and because of it there is human history and not just human past.

In our own time, we live in a world not only constituted by norms but one that exists as normativity. No one needs to be surprised by the growth of regulation, the constitutionalization of this or that; or the judicialization of life. These processes reflect the trajectory of human history; a trajectory set in motion long ago and still unfolding. Importantly, in the course of these historical developments law's institutional discipline of justification and contestation also produces levels of sophistication and complexity that require considerable innovation in the design of the various institutions that host legal justification and contestation, of which the judiciary is not the only one.

In the long evolutionary arc that I no more than sketch here, as legal thought grew ever more sophisticated, the various types of legal thinking – from the forensic to the theoretical⁷ – it came to occupy the position not only of the longest living but also of the most detailed and systematic, diverse and cumulative, constructive and critical of all intellectual traditions. From this seminal and still expanding tradition many branches sooner or later grew,

6 Barcellos (2020) offers a proposal about how further to advance in this process of (in this case vertical) institutionalization of justificatory practices.

7 I develop a typology of legal explanation/thinking/discourse in “Law in Time: Legal Theory and Legal History” (BARROZO, 2021).

each now its own continent: theology, philosophy, and the social sciences.⁸ It is thus only natural that legal actors, in conducting inquiries on original juridical notions such as justice, desert, fairness, legitimacy, mercy, intention, profit, conscience, process, procedure, power, life, property, punishment, equality, freedom, etc.; that those actors bring back under the tent of legal thought any relevant insights emerged within spin-off intellectual disciplines.

Take notice though that against the backdrop of a universal development that resulted in law's universalism as an institution, the institution of law varies in time and space according to a number of factors. In this essay I am concerned primarily with two of those factors: *causation* and *attitude*.

First, law varies according to that which turns out to be the strongest *causal orientation* of its core formal sources, above all a codified constitution such as those of Brazil and the United States. Is the prevailing causal assumption of a legal system a strong or a weak one? Strong causal assumptions attribute to law the power to demiurgically bring into existence or transform the state of affairs. By contrast, weak causal assumptions ascribe to law the diminished power of reactively lubricating existing reality or facilitating their development?

Second, law varies according to the most influential *attitude of jurists and legal subjects* in generating and sustaining the prevailing causal orientation. If you take again Brazil and the United States for comparison, the respective 1988 and 1787 constitutions seemed to share the same demiurgic causal orientation, but in the United States, unlike in Brazil, the attitude behind that causal orientation was an unending revolutionary sparkle.

8 José de Alencar and Lima Vaz had begun to understand this process. Alencar (1883) wrote of the jury as the first democratic and representative institution. Writing about the historical emergence of philosophy, Vaz (1984, p. 11) asked "What does the appearance and development of philosophical thought mean [in] the history and culture of a people"? There is, he teaches, first an experience of "fissure" in the normative life of a people after which routinized life is experienced as problematic. When that occurs, "the domain of ethos or social life as a normative structure of the existence of individuals and groups is open to philosophical questioning: tradition, customs, political organization, and laws, will submit to philosophical inquiry and appear before the critical court [...] of Reason. The correspondence between the juridical order of the polis and the cosmic order constitutes [...] one of the matrix structures of philosophical thought [...] and gives rise to the great sophistic quarrel about the opposition between physis and nomos (law), the finished expression of this theme is found in Pl'to's Republic and in the grandiose analogy established there between the Idea of justice, justice in the city and justice in the individual. The Athenian polis, at the time of its decisive crisis, finds the deepest justification of its organizing principle in its ideal expression or according to the rational necessity of the ought-to-be" (VAZ, 1984, p. 15-16). The critical problematization and reconstruction of the normative framework of life, conducted in normative language and within legal institutions or emulating their arrangements branched out in several directions. It spun off first as philosophy and later as economics, political science, and sociology. In any event, that Protagoras, Plato, and Aristotle wrote constitutional codification projects or ideal constitutions or constitutional treatises marks a moment in which philosophy had not yet spun off from legal thought. Reconstructed by a philosopher from the viewpoint of our own time, "the evolution of Greek culture configures the historical significance of Philosophy as an original response to the challenge posed to a society in crisis and transformation. By making demonstrative logos the principle of a new cultural unity, Greek civilization actually takes the first and decisive step in that prodigious historical path that Western civilization will start to tread, for better or for worse, as a philosophical civilization or civilization of Reason" (VAZ, 1984, p. 18). Vaz (1984, p. 22, 25) names "philosophy" the systematic and critical reflection that embodies the passage from "historical time" to "logical time"/"order of reasons" in a given culture: "an elevation over the fragmented and apparently chaotic, whence it may be encompassed in synoptic view; where the purposes of society can be thought and the directions of a path that is historically viable for it." Philosophy is a fine name for that aspect of legal thought—constitutive, critical, and reconstructive in this sequence—which of course has over time gained autonomy through increasing specialization. A helpful summary of the legal thought of Lima Vaz is found in the work of Claudia Toledo & Luiz Moreira (2002).

For the purposes of this essay, I name the prevailing causal orientation and attitude toward it the *spirit of the law*.⁹ In the United States, the causal orientation tends to be predominantly – but obviously not exclusively – reactive or facilitative, and the attitude toward it doubles down on instrumentalization, resulting in an arm’s-length relationship with the law. Therefore, the spirit of American law is above all pragmatic. By contrast, in Brazil, strongest – but obviously not unchallenged – is the faith in the power of law to transform the country and that faith is sustained by the attitude of jurists and of the people in general, resulting in a culture of intimacy¹⁰ with the law and legal utopianism.

From the viewpoint of the present, the spirit of Brazilian law and the spirit of American law are an ambivalent gift. Their achievements are greater but their failures are still too serious and too many; and while their promise is potent, their risk of problem-solving and imaginative breakdown is real.

2. THE SPIRIT OF BRAZILIAN LAW

In Brazil, it is common in academic, political, and private circles to criticize the discord between the abstraction of legislation and the concreteness of country conditions, between aspirations expressed in the form of law and the lived experience of the people, between ideal and reality, idealism and realism. This criticism is not inaccurate as it goes, but it fails to comprehend the spirit of Brazilian law. This failure unnecessarily lowers the flight ceiling of jurisprudence, and navigates both legal thought and political action in the country down the wrong road.

Where intellectual rigor and cultural self-confidence prevail, only a much-qualified version of the ideal-gap-reality criticism survives scrutiny. There is thus reason for hope, for in Brazil a profound transformation, centuries in the making, is in course in the relationship between intellectuals and the country. There, confident theoretical introversion and sustained self-

9 An evocation of the titles of Montesquieu’s *De L’esprit de Lois* and of Jhering’s *Geist des Römischen Rechts auf den Verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*.

10 It is perhaps this culturally intimate relationship with law in Brazil that explains why Miguel Reale (1974, p. 17, 22), misunderstanding its nature, equated it with legal pragmatism, writing that “the style of our law, [...] of which one can say what said Wendel Holmes of North American Law: it has been less the fruit of Logic than that of experience” and that “[i]t may be said, without exaggeration, that it prevails in the circle of our most authoritative jurisconsults a practical sense, when not a pragmatic one, allied to a balanced theoretical understanding.” Compare also pragmatism with what Oliveira Vianna (1939) says below about “organic idealism.”

reference¹¹ has now reached a critical mass and the inflection point that is a pre-condition for the appearance in a country, generation after generation, of many original works of universal insight and relevance.

In jurisprudence, this cultural self-confidence will in time reveal that what is so often condemned as discord between the country's advanced laws and its social reality is in fact – a repeat for emphasis – a misapprehension of the experience of normativity in Brazilian history and culture; of the original spirit of Brazilian law. Once this spirit is properly understood in its originality and power, the common criticism of the distance between legal aspiration and sociological reality is set aside and replaced by a robust intellectual agenda for the age of maturity that Brazilian law enters.

In Part I, I argued that a distinctive causal orientation and the attitude toward this orientation define the spirit of Brazilian law. I now say more about these defining causational and attitudinal attributes.

A good place to start is Oliveira Vianna's *The Idealism of the Constitution* (1939, p. XI-XIII), where he contrasted two kinds of legal idealism manifest during the first 120 years of Brazil's independence:

- A) *utopic* idealism, which does not consider the data of experience;
- B) *organic* idealism, which is made only of reality, finds support only in experience, is guided only by the observation of the people and its environment.

He further described utopic idealism as

any and all doctrinal system, any and all set of political aspirations in intimate disagreement with the real and organic conditions of the society that it intends to govern and direct. What really characterizes and denounces the presence of utopian idealism in a constitutional system is the disparity that exists between the greatness and the impressive eurythmy of its structure and the insignificance of its effective yield [...]. A given society has, majestically installed at its apex, as in a crowning of glory, a powerful machinery, capable of producing a lot of useful and beautiful things: capable of producing peace, justice, order, tranquility; capable of producing prosperity, progress, civilization; capable of producing the government of the people by the people, the regime of opinion, democracy, freedom, equality, fraternity: – and yet this

11 This self-regard, albeit incipient in its self-confidence, has of course existed before, *vide*, for example, the Recife School of jurisprudence (which includes Tobias Barreto, Sylvio Romero, Farias Brito, and Clóvis Beviláqua. Beviláqua (1896, 1897) belongs in the Recife School not because he studied under and socialized with its main names. He belongs there substantively, by reason of the legal evolutionism. *Vide* also the various contributions of Miguel Reale (1973, 1994) and, much more recently, of Porto Macedo and Piccollo (2016). What is new is that this attitude is no longer an isolated endeavor. Self-referential and culturally confident articles, books, theses, and dissertations are now growing in number and of increasingly higher quality. See, for examples of recent general works, those by Paulo Margutti, Ivan Domingues, and Julio Cabrera. For example of recent just-historical work, see, among others mentioned elsewhere in this essay, those by José Reinaldo de Lima Lopes and Alfredo Carlos Storck.

formidable apparatus, capable of producing so many useful and beautiful things, does not produce them, precisely because of the utopian character of its organization – because, as a norm, it produces the opposite of this (VIANNA, 1939).¹²

Vianna, himself a proponent of organic idealism, held the predominance of the utopian kind of idealism responsible for the lack of effective national progress on all fronts in Brazil. One of the favorite targets of Vianna was the most recognizable Brazilian jurist of all time: Rui Barbosa.

Barbosa (1849-1923) whose life spanned monarchical and republican periods of Brazilian history, spelled out, beginning in the 19th century, an entire institutional framework for public life in Brazil and later on, now already in the 20th century, basic principles for the international order (MANGABEIRA, 1946).¹³ Coming out of the 19th century liberal mold, Barbosa addressed the whole range of themes in the legal agenda of his time: education, political economy, forms of state (unitarianism or federalism?), forms of government (monarchy or republic? Parliamentaryism or presidentialism? Congressional or constitutional supremacy?), political regimes (democracy or oligarchy, liberalism or authoritarianism), rights (including socio-economic rights, of which he was an early proponent¹⁴), separation of powers, and so on. He also had the heaviest of all hands in the project of what became the first republican constitution (1891) and in later expounding and litigating it. Among other constitutional contributions, he inserted in the constitutional draft a uniquely expansive conception of *Habeas Corpus*, which gave rise to a further unique *habeas* doctrine that extended the remedy to all state action infringing upon individual rights.¹⁵ Importantly, also through his hands the 1891 constitution codified judicial review to accompany the doctrine of constitutional supremacy which, again, he put to test before the courts like no other lawyer had before him.

Despite all that, Barbosa did not systematize his legal ideas, although his thought is eminently systematizable because it is principled. Perhaps above all, Barbosa was a legal pedagogue (LYNCH, 2007); the pedagogue of the legal form that he hoped would one day materialize in social substance.

12 Oliveira Vianna joined many others in Brazil in the 19th and 20th centuries accusing especially liberals of importing from the United States and Europe ideas and institutions with roots that could not grow in Brazil. See, for another example, TORRES, 1982. For methodologically diverse studies of legal, political, and social theory in Brazil see REALE (1973, 1994); selected works by DOS SANTOS (1978, 2002, 2017); and LYNCH (2011, 2021).

13 As the head of the Brazilian delegation, he was one of the key participants in the 1907 Hague peace conference. There he pioneered the concept of legal equality among all States as subjects of international law in the institutional and diplomatic context of treaty making.

14 See, in Portuguese, Rui Barbosa's 1919 discourse at: http://antigo.casarui Barbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/ruibarbosa/p_a5.pdf

15 Those familiar with United States law may get a sense of this expansive *habeas* doctrine by imagining Section 1983 (without the immunities doctrine) enacted as a constitutional amendment. (42 U.S.C. § 1983).

Barbosa believed in the causal power of law to bring about the new state of affairs but also believed that the demiurgic powers of law depended on a type of attitude of agents who, like him, were willing to play the long game (BARBOSA, 2019). That is why, when writing to the 1920 graduating class of the University of Sao Paulo's Faculty of Law, he addressed the kind of hopeful attitude and steadfast agency that legal ideals depended upon for their materialization. In the speech which was read on his behalf in the ceremony which he was unable to attend, Barbosa urged the soon-to-be new lawyers to be "militants of justice" for (BARBOSA, 2019, p. 67-68):

Legality and freedom are the pillars of the vocation of the lawyer. They contain, for him, the synthesis of all commandments: Do not desert justice, nor court it. [...] Do not flee from legality to violence, nor exchange order for anarchy. Do not place the powerful before the helpless, nor recuse to represent these against those. Do not serve justice without independence, nor abandon truth in the face of power. Do not collaborate in persecution or attacks, nor plead for iniquity or immorality. Do not refuse to defend unpopular or dangerous causes, when just. Wherever a grain of true law can be found, do not deny the violated the consolation of judicial protection. [...] Do not turn legal practice into a bargain, or science into a commodity. Do not be servile to the great, nor arrogant to the miserable. Serve the powerful with independence and dignity and the needy with charity. Love one's country, respect one's neighbor affectionately, keep faith in God, in truth and in the good.¹⁶

Barbosa's ideas fell behind none in offer by the liberal jurisprudence of his time, and he pioneered several ideals and institutional designs that would later become accepted. Most importantly for our purposes, his underlying assumption about the causal power of law and his attitude in relation to it were certainly neither a compromise with Brazil's legal institutions and realities of the past nor a picture of the country of his time; they were rather a summons, a profession of faith for the country to become, through the law, something entirely else in the future.¹⁷

Thus, unsurprisingly, Vianna (1939) took aim at Barbosa, accusing him of being a "constitutional idealist," of suffering from "juridicism" and condemned to be "politically marginal" because of his disconnect with the

16 Speaking in the Senate in 1896, Barbosa had already spelled out his "political creed," a Portuguese version of which can be accessed here: http://antigo.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Credo_politico.pdf.

17 As someone else would put in a later century, "thought and will - accompanied by the necessary action - are able to build the desired reality [...] The opposite of idealism, in the sense used here, is not realism [...], but skepticism, the disbelieves that the human person can be a moral agent of progress." (BARROSO, 2018, p. 24).

real country.¹⁸ For Barbosa and utopian idealists like him, Vianna (1939, p. 17) reserved the demeaning stamp of peripheric intellectuals, those who live “between two cultures: one – that of their own people, which form their collective subconscious; the other – the European or North American, which provide them the ideas, direction of thinking, the constitutional paradigms, and the criteria of political judgment.”

Vianna (1949) was correct about the predominance of utopian idealism in Brazilian legal ideas and attitudes. Indeed, this idealism is the spirit of Brazilian law, much like pragmatism is the spirit of American law. *In Brazil, the time of law is the future, while in the United States law functions in a state of presentist debriefing; in Brazil, law is prophetic, while in the United States, it is propitiatory.* Neither idealism nor pragmatism is absolute, of course, and their reign is constantly under attack. Nonetheless, though embattled, both idealism and pragmatism shape the curvature of the spaces in which other approaches to law operate in Brazil and the United States respectively. The objective here is not to submit that one or the other of these attitudes is always right or wrong, but merely to render both clearer by contrasting them to one another.

Perhaps, putting the matter differently, once correctly understood, *utopian idealism is organic* in Brazil. There, while merely incipient in the 18th century, over time the view gained strength that *in and through* law the country would will itself into a better future; that law would not push but, more precisely, and already standing from the future, law would pull history toward it; that not in socio-economic-cultural immanence but in transcendence as law rested the densest ontological core of the nation.¹⁹

To emphasize, it is not bold progress in the content of enacted law or advances in legal theory that is distinctive of the spirit of Brazilian law, it is its attitude, whatever the content of laws or legal ideas. The spirit of Brazilian law is not on the right or the left of politics, although it is certainly true that its most prominent legislative feats reflect liberal and socio-democratic ideals. And it is also true that, in Brazil, evolutionist, epistemic positivist, historicist, jusculturalist, or interpretive legal theories were the most favored by jurists. The spirit of Brazilian law has a quarrel with none of them. As an attitude, the spirit operates from below, behind and above all of them. The point of the causal assumptions and of the attitude that I am trying to capture here consists in juridically creating or acting on a comprehensive vision for the country,

¹⁸ For a defense of Rui Barbosa against criticism from the right and the left, see LAMOUNIER, 1999.

¹⁹ Nowhere else in the Americas is this the case, which in part explains the fact that Brazilian jurisprudence has the most sophisticated concept of State there. This also in part explains why, in relation at least to South America, the institutions of the Brazilian State possess a higher order of legal organization and effective bureaucratic operation. But this is a topic for another time.

which creation and action is believed or hoped to be the cause of a future reality to match it.²⁰

Consider how distinctive is the theoretical aspect of the spirit of Brazilian law: *the first task of its theoretical expression is not to drown in immanence, it is not to know how law functions or what deep extra-legal traditions it expresses; its first call is to transcend the fabric of current reality in order to know through legal categories the country that ought to be and through those categories to jurisgenerate it. In this tradition of thought, and through the agency that it enables and empowers, form causes its substance.*²¹

This is true of public as well as private law in the eyes of the spirit of Brazilian law. While this essay concentrates its arguments on public law, just consider how the Código Civil of 1916 from a rural, agricultural, patriarchal, and slavery-based past pulled the country into a modern urban, industrial, commercial, unicellular-family, and free universal-personhood future.

Brazilian legal history documents – a point to which I already alluded – the risks inherent in the spirit of Brazilian law. In truth, “it is not uncommon the formal and useless existence of constitutions which invoke that which is not present, affirm that which is not true, and promise that which will never be fulfilled.” (BARROSO, 2009, p. 60). At its best, the spirit of Brazilian law persists not at the price of closing its eyes, but because they are wide open, for “a profound and silent revolution took place here. A ‘cheers!’ to the future.” (BARROSO, 2009, p. 60).

Almost half a century after Oliveira Vianna’s *The Idealism of the Constitution*, Mangabeira Unger (1976, p. 52) would have much to say about the interaction of immanence and transcendence in the historical emergence of legal systems (as a type of law distinct, in his terminology, from “interactionist or customary law” as well as from “bureaucratic law”). A legal order or system, he specified, “was committed to being general and autonomous

20 It is easy to imagine how “unmusical” all of this will sound to jurists socialized in contexts in which pragmatism is the prevailing spirit. An exercise may help make the utopian idealist spirit more concrete: imagine the American constitution drafted without the compromises with the evil of slavery or the Model Penal Code published without compromises with what was at the time known to be technically obsolete or brutish and harsh; imagine ideas and agency unwilling to split the difference between a rejected past and an idealized future, where the uncompromising long game replaces pragmatic trade-offs in the present. (ALI, 1962). Again, the point here is not to submit that one or the other of these attitudes is always right or wrong, the point is to render them mutually intelligible.

21 The expectation that legal form can cause its substance was given a bad name by the critique of the first waves of law and development literature and practice. I cannot go into that here but to say that the Brazilian case refutes the generalization of that critiques.

as well as public and positive.”²² By contrast, primitive customary law was neither public nor positive; and bureaucratic law, although public and positive, never sufficiently gained autonomy (or significantly differentiated) vis-à-vis rulers or the ruling elite.

The social – hence immanent – condition for the historical appearance of legal systems is the presence in society of a group pluralism in which no single group is able to stabilize hegemonic control over the others. This unstable political polycentrism is the raw material of liberal societies, which Mangabeira Unger described as those in “which there is a structure of group, and specifically of class, domination, a structure not sufficiently stable and comprehensive to win the spontaneous allegiance of its members. The social hierarchy is too volatile and uncertain [...]” (UNGER, 1976, p. 68). One consequence of this situation is that while the separation between society and state was already present in “bureaucratic law”, to the extent that polycentric group pluralism does not resolve in a clear and stable structure of domination, it opens up an opportunity for the public and positive law of the state – with its agents and institutions – to increasingly gain autonomy not only from the social groups competing for influence over it but, over time, also from the executive ruler and his ministries of the day. Thus, the power contest among influent social groups creates the conditions for legal autonomization as a mechanism to achieve the possible equilibrium among those groups. Legal systems thus emerge to stabilize modern societies marker by irreducible group pluralism.

However, despite the fact that lack of voluntary conciliation of the groups vying for power was, still according to Mangabeira Unger, historically necessary for legal systems to emerge, this condition was insufficient for the stabilization of those systems over the long time. Why would any powerful social group settle for an institutional compromise when there might be hope for complete victory the next time around? Without more, legal orders as a structure of domination *qua* equilibrium would be too fragile to endure in the face of disequilibrium factors. “Thus, paradoxically, the weaker the structure of domination becomes, the stronger the felt need to justify and to limit what remains of it.” (Mangabeira Unger, 1976, p. 68) Therefore, immanent conditions require the complement of transcending ideas in the form of parameters of legitimation to preserve legal systems over time;

22 I have elsewhere supplemented Mangabeira Unger’s definition of legal systems, writing that his “list of attributes of legal systems is correct, but incomplete. The addition of the following features is necessary. First, a legal system is systemic in the sense that its formal sources of law observe a reciprocal hierarchical relation, and are subjected to both a *reductio ad unum* and to criteria of belonging (for instance, constitutional supremacy with law-invalidating judicial review authority). Without the attribute of hierarchy that includes apex sources that allow for control of norm membership in the system, modern western legal system would look very different. Second, legal systems have autopoietic capabilities. That is, they operate in significantly self-referential, self-reproducing, and self-validating ways. Thirdly, legal systems are autotelic, in the sense that their general purposes and the purpose of any of their parts significantly face inward due to the way systemic formality operates.” (BARROZO, 2020).

ideally, a parameter whose authority rested, as it were, above the fray of political competition on the ground. Historically, natural law provided that transcending parameter.

Significantly for the argument of this chapter, is that the process of legal system emergence and endurance was stunted in Portugal. True, the Portuguese had a precocious nation-state, usually dated from the Avis Revolution of 1383-85.²³ There, national identity (forged in the wars against the Muslim occupation of the Iberian Peninsula from the 8th century), a dynastic monarchy, a state bureaucracy, and an incipient but entrepreneurial bourgeoisie consolidated early for European standards. This early start explains why Portugal assumed the leadership in the investment-intensive public-private partnership of global maritime exploration and in the research and development in navigation and cartography that preceded and accompanied it.

So centralized was the Portuguese state, however, that the crown fully controlled the state bureaucracy and the nobility alike (FAORO, 2001). For example, the crown took from the feudal nobility the privilege to bequest feuds to their descendants, thus creating a condition of transgenerational dependence for a social class who elsewhere in Europe usually played the role of counter-balance to the power of monarchs. For bureaucrats, the predicament was worse, for they lacked the gloss of nobility titles (even if subject to the arbitrariness of royal favors) and the social network that went with it. In Portugal, the entire nobility and bourgeois classes depended on the unchecked power of the monarch for the maintenance of their statuses and offices. Thus, an irreducible competitive group pluralism was never the case in Portugal: the king had all the power, and, consequently, the question of social coordination among classes was very early resolved, top-down. The monarch, through “bureaucratic law”, wrote the script of social life.

Nevertheless, because of its state formation precocity, Portugal was a modern pioneer in codifications or restatements of the law, the so-called *Ordenações do Reino de Portugal*, of which there were three (HESPANHA, 1982).²⁴ All three were examples of bureaucratic law; the first, *Ordenações Alfonsinas*, was finalized in 1446. Setting the precedent for the next *Ordenações*, the Alfonsinas was divided into five books dealing, respectively with: administrative law; the Church, secular jurisdictions, and the status of Jews and Muslims; the judiciary and judicial procedures; contracts, succession, and the rest of civil law; and crime and punishment.

With the introduction of the press in Portugal later in the 15th century, King Manuel, hoping for the much wider access to the *Ordenações* that printing

23 Portugal's territory had already been consolidated since 1249, with the final reconquest of the Algarve region from the Muslims who at the time had been left to occupy only small enclaves in the region.

24 A good summary is found in *Ordenações do Reino de Portugal* (VELASCO, 1994).

promised, ordered a significant updating and expansion which resulted in the *Ordenações Manuelinas* which first completed publication occurred in 1514 (the final version dating to 1521).²⁵ Unlike the *Ordenações Alfonsinas* which copied-and-pasted as originally enacted all the pre-existing laws it compiled, the Manuelinas re-issued, in typical bureaucratic law style, all laws in the decretal form, that is, as if enacted anew. And yet, this Portuguese type of bureaucratic law marks a historical transition from restatements such as Justinian's *Corpus Juris Civiles* (subsidiarily applied to all *Ordenações*) and the *Ordenações Alfonsinas* to the modern conception of a code of law, typical of legal systems.

The last of the *Ordenações*, the *Filipinas*, was finalized in 1595 and became effective when it reached the presses in 1603. Although at the time the Renaissance had elsewhere began its attack on the paradigm of legal thought we owe to Thomas Aquinas, King Felipe I ordered the new *Ordenações* to remain within the confines of natural law and the Portuguese legal tradition. So, when in 1808 the Portuguese Court and many of the institutions of the Portuguese state moved to Brazil escaping the Napoleonic invasion of that country, there the *Ordenações Filipinas* had already been the law of the land for two centuries. As the only capital of an European empire in the Americas, the laws and institutions of the old colony had to quickly adjust to its new national and geopolitical realities. At the time, emphasis was placed on the expedited assimilation of a European legal thought caught between the reformism demanded by Enlightenment ideas and the preservation of a much older legal worldview anchored on the idea of the divine right of monarchs and the legitimacy of its accompanying system of social hierarchies. In these breeding grounds, the *Filipinas* would be replaced only after independence by the extraordinary reinstatement of the law named *Consolidação das Leis Cíveis*, undertaken by the 19th century genius of Teixeira de Freitas (2003),²⁶ who also would subsequently author the first draft of what would in 1916 become the first Brazilian Civil Code. Significantly, the *Consolidação* was also an example of bureaucratic law, in this case enacted by Emperor Pedro II.

In 1815 Brazil officially ceased being a colony, becoming a co-equal to Portugal in the newly established United Kingdom of Portugal, Brazil and Algarves. This change in status was not fictional; it reflected the realities of the time. In 1818, after the death of Queen Maria I in Rio de Janeiro in 1816, her son (who was already the acting ruler since 1792) was acclaimed

25 Seeking to avoid confusion, King Manuel ordered the destruction of all copies of the 1514 edition.

26 Teixeira de Freitas's jurisprudence is an example that the spirit of Brazilian law is plural. In his case, it manifested as a version of the historical school: "real life does not exist for systems, on the contrary, systems are devised for real life." (FREITAS, 1865, *apud* REALE, 2002, p. 421). A great systematizer who added much rigor and coherence to the organization of private law inherited both from the *Corpus Juris Civilis* and from the Brazilian and Portuguese private law doctrine of his time, Teixeira de Freitas (1865, p. XXXIII) recognized that "the civil laws are dominated by the political organization" of a people, that is, the system of private relations must match the form of government and the political regime. He was, however, unwilling to move too far ahead of the "genius" particular to the different peoples. (FREITAS, 1865, p. XXXIII; SALDANHA, 1985, p. 237-256).

(the Portuguese monarchy did not crown their queens and kings, who were rather elevated to the position of monarch), also in Rio, King Joao VI. In 1822, Joao VI's son, who would later that year become Pedro I, Brazil's first emperor, declared Brazil's independence (technically a secession) from the united kingdom with Portugal. Brazil was first recognized as an independent country by the United States in 1824, the year of the country's first constitution.

Thus, at least up until 1822, Brazil shared with Portugal an absolutist monarchy that dominated over its landed enslaving nobility and state bureaucracy and governed through bureaucratic law. Therefore, set against Mangabeira Unger's account of the emergence of legal systems, both Portugal and Brazil constitute poor proofs of concept. Nonetheless, the terms of his analysis can still be useful in understanding the spirit of Brazilian law, provided that we invert the causal order in which he presented them. *In Brazil (and in Portugal), polycentric, non-hegemonic group pluralism was a creation rather than a social pre-condition of a legal system.*

In a moment I will refer to an account of the synergy between immanence and transcendence in law that supersedes, through rectification and supplementation, and absorbs Mangabeira Unger's now classical articulation. For the moment, though, let his account serve to accentuate the nature of the utopian idealism of jurists who imagined and constituted their society as transcendent law believing this to be the best means to bring that society into its immanent reality. *In Brazil, rational codification of the public and private spheres detached from tradition or conditions on the ground took the place of natural law as the axiological steering for the functional creation of a legal order only in time to be reflected in a society moving slowly to catch up with it. Put in temporal terms, law, from the future, was constantly wrestling into the present a society encastled in its past.*

Let me repeat for the sake of clarity and precision: what is most distinctive about this attitude toward the law is not that it is solely liberal or democratic-socialist as opposed to conservative or solely utopian as opposed to organic. These legal ideas all rest their hopes for the country on getting its laws right. *What most differentiates the spirit of Brazilian law is its belief in the normative, cognitive and causal autonomy of legal reason. Autonomously, refusing to realism-as-fate, legal thought is able to obtain cognition of the right legal order; and once enacted, the law it imagined, as if a crane floating in space, can autonomously lift a country into existence.*

At this point, many readers, especially those socialized in United States legal thought, will rest their case. Nothing else needs to be said to indict and convict the spirit of Brazilian law as “metaphysical nonsense” (FELIX COHEN, 1935, p. 809-849)²⁷. He would be wrong to do so. And the

²⁷ This phrase is a reference, deployed by those who have not read or understood it, to Felix S. Cohen, 1935, p. 809-849.

proof of that was made empirical by the 1988 constitution and its ongoing transformation of Brazil. Surely, the lineage of utopian idealist thinkers – from Jose Bonifacio, Pimenta Bueno and Paulino Soares de Souza to Tavares Bastos, Joaquim Nabuco, Clovis Bevilacqua, and Rui Barbosa – could have dreamed of no bolder exercise of legal transcendence than the last of the Brazilian constitutions, a creation of legal imagination acting through demiurgic agency upon an entire highly complex modern society to will it into a vastly transformed future.

True, for the longest time, the spirit of Brazilian law saw more the country than the people. However, the 1988 constitution and what is being made of it – both work of the spirit of Brazilian law – profoundly changed that.²⁸

Of course, no single thinker or body of law perfectly embodies the spirit of Brazilian law. The spirit is carried out here and there in incomplete, truncated, and often contradictory ways. Remember, though, that what characterizes the spirit of Brazilian legal thought is not a set of substantive commitments such as a conception of justice or freedom. What marks it is a particular way to see the relationship of law with reality in which the former is the denser normative, ontological and causal term.²⁹

In any event, the 1988 constitution owes what success in design and implementation it has already achieved to the spirit of Brazilian law that, as an animating presence, suffuses thinking about and acting through law in Brazil.

And yet, the very success of the 1988 constitution and its transformation of Brazilian society creates a vast challenge. The spirit of Brazilian law is now challenged to do two things: it has a constitutional order to ever more fully materialize and it must at last develop grand, systematic formulations of its unique conception of the relationship between law and reality. Further progress on the former is now dependent on the latter.

The second of these challenges is familiar to jurists, for they inhabit the oldest tradition of grand and systematic theorization. In theoretical terms, a fuller articulation, with the necessary specifications and implications in all areas of legal theory, of the spirit of Brazilian law is still to come. But the prerequisite moment of greater cultural self-confidence and affirmation is already there. The specific difficulty in the current context lies in that

²⁸ There is no time develop this theme here. See, for a good point of departure, CARVALHO, 2021.

²⁹ A counterpoint to the view I present here can be seen in the diagnosis the great jurist Raymundo Faoro (2001) makes of the formation of the Brazilian (and Portuguese) state. He writes that political patrimonialist and a status-based, hierarchical society (“estamentalismo”) mutually reinforce one another. Eventually, the state consolidates no longer as a patrimonial state but as a fiscal state. However, it does so in a way that blurs the public-private divide and allows for the continued private appropriation, now through the state, of goods and opportunities along status lines. Faoro thus understands the conceptual and legal evolution of the Brazilian state as an externality of the internal logic of patrimonialism. My point is that theses such as this brilliantly propounded by Faoro fail to see the dialectic between the patrimonialist element and the ideational element in Brazil’s constitutional formation.

theoretically owning the spirit of the law has to be such as for it to act as the mind of an interpretive practice.³⁰ *The reason for that is unmysterious: social reality has caught up sufficiently with the law to predicate future progress in this regard in a body of thought capable of governing a constitutional order no longer at war with its immediate past.*

Both tasks – materialization and theorization – pose the question of the agent and of the kind of agency they require. Narrowing the problem to the post-1988 constitutional order, who are the agents to constantly imagine, theorize, teach, litigate, and adjudicate the Brazilian legal system?

To this question I return in the last section. In the next one I offer a general account of the intellectual context of jurisprudence in our time.

3. COMPLEXITY, HYSTORY, REASON AND DEMOCRACY

Two orders of constraints held sway over the rise and now subordinate the mature stage of the spirit of Brazilian law: the changing nature of the complexity of its society and the paradigm of law that envelopes all levels of legal thought in the country. These constraints, in their combine occurrence, are almost universal, although they land differently in time and space. In this section we examine in turn the general attributes of each.

Contemporary Brazil is a high-complexity constitutional order: its legal system and the society that grows within it are highly complex. Human societies have been complex for millennia. But not highly complex.

I have elsewhere explained the transition from complexity to high-complexity in terms of emergent properties (BARROZO, 2021, p. 317-318, 344). Here I take a step back to provide a general idea of the transition from pre-complexity to complexity. With this first transition well understood, we will be in a better position to see the significance of the next transition, namely that from complexity to high-complexity.

The general idea of the first transition is that societies are challenged to complexify when any of its important components achieve and sustain a point after which they can no longer successfully rely on the mechanisms that up to that moment had sufficiently guaranteed whatever level of intra and transgenerational social stability and cultural reproduction they enjoyed. Important components in this case include the society's demographic, economic, institutional, cultural, political, geopolitical, cognitive, technological, self-referential, and communicative ingredients. A sustainable (as opposed to transitory) transformation in any of these elements sufficient

30 A point of departure could well be a *tour de force* with the view of legal interpretation that emerges from Miguel Reale's (1994) tridimensionalism in his *Teoria Tridimensional do Direito*, which to my knowledge offers the most sophisticated theoretical treatment of the act of legal interpretation to be found anywhere. Other classical works on interpretation not mentioned elsewhere in this essay include: MAXIMILIANO, 1925, with first edition preceding the 1988 constitution; SALDANHA, 1992; SILVA, 2011.

to render obsolete whatever mechanisms supported that society's stability up to that point, challenges it to adapt. Unless new or significantly adjusted stability mechanisms evolve, the society is unlikely to survive, the historical record evinces. If, on the contrary, the adaptation is successful, the society in question passes from a pre-complex to a complex conformation.

Now consider the case of a society where every single one of its important components reaches change thresholds beyond which the social order enjoyed up to that point is severely challenged. Society is in peril: adapt or perish. Further, assume that the specification of these thresholds is illuminated by *ex-ante* modeling and by *ex-post* empirical ascertainment of an ongoing process of stability collapse. Compared to the cases in which only one or a couple of components undergo transformation, when all do there is remarkable increase in complexity. But this increase is still quantitative, rather than qualitative, in nature.

A qualitative transition from complexity to high-complexity occurs when the contemporaneous transformation of all relevant components of society – each reaching their respective transformational threshold – activates among them a synergy that creates a qualitative change in the nature of each component. The synergy created affects society's demographic, economic, institutional, cultural, political, geopolitical, cognitive, technological, self-referential, and communicative ingredients beyond what could happen to each in isolation. When that happens, there is a surplus of complexification that is no longer reducible to the sum total of the complexity of each social component. We are now in the presence of a transformation in societal type from complex to highly complex, with significant implications for social order.

It is in the sense here described that Brazil is a high-complexity society. Complexifying changes in each of the important components of its social order reverberates in the other ones; intervention upon each, causes reactions in the other ones.

The second order of constraint that held sway over the rise and now subordinates the mature phase of the spirit of Brazilian law is the modern paradigm of legal thought which I name *The Great Alliance* (BARROZO, 2015, 2021). One way to explain *The Great Alliance* paradigm is to note that the coevolution (explained in Part I) of society and law fixed law's ontology.

Albeit in inchoate manifestation and unformed expression, three ontological elements of law were already present in early organized normativity. First, a *temporal* element in which the norms inherited from the past – first orally, then in written form – sought to deliver a more predictable future via iterative compliance with those norms in the present. Second, there was the inception of the *rational* element through which norms, though primitively sustained as taboo, could already then be taught generation after generation by the use of axiological and functional justificatory and

contestatory discourses. That is, the pedagogy of customs already deployed rationalizing resources. The process of rationalization of law – with the justificatory demands and the opportunities for contestation that it creates – has, again, only expanded over time. The last element was *volitional*. Once more, even if first still as taboo, norms required individual and collective decisions in their adoption, endurance, and continued adaptation. Later in history, the volitional element of law concentrated in the law-making will of rulers. In our time, the commanding will is that of the people, their representatives, and the institutions charged with the day-to-day interpretive, deliberative, and executive practice of the law.

This tripartite history-reason-will ontology of law is irreducible,³¹ universal, and consequential. As such, it enframed Brazilian law in the various periods of its development. Today, the terms in which the spirit of Brazilian law deals with its conventions, challenges, and aspirations continue to display the historic-ratio-voluntarist nature of law.

Therefore, law both constitutes and is the medium of collective life. As such, *law is a phenomenon of intersection, finding its ontological nucleus where history, reason, and will meet. Importantly, what is special about law is that the vector resulting from that intersection is, or at least can be, authoritative.*

If, according to the spirit of Brazilian law, the densest moment of the country's existence is found in a law that wills it forward from an imagined point in the future, how does that locally modulate the universal tripartite history-reason-will ontology of law? In other words, how is it that the particularism of Brazil's mode of existence intersect with the universal ontology of law? The way these ontologies – of a nation and of the universal institution of law – cross paths raises deeply intricate problems, only one of which I mention here.

The problem to consider is that which ultimately bears on legal agency. Here is a way to approach it. Assume that the local variables in law's ontology are the what and the how of history, reason and will across place and time.

Consider first the case of *will*. In our times, the volitional element of law is democracy: the will of the people which can be stated directly or indirectly through officials with competence (jurisdiction) to deliberate, issue, interpret, and execute the law. In other places and times, *will* has been that of the divine as revealed through prophets, of princes, of parties, and so on. History and reason also have their local *what* and *how*. *History* may refer to certain traditional ideas, to the precedents and conventions of institutions, or instead to some watershed experience such as the foundation or refoundation of the polity, war, revolution, regime change, and so on. *Reason*, on its turn,

31 Think here of Miguel Reale's (1994) notion of a dialectic of implication-polarity. He reserves it for the interaction between the formal, social, and axiological dimensions of law, one in which each element impacts without collapsing onto the other ones. The more fundamental ontology I describe here can nonetheless make fruitful use of this dialectic in the characterization of the relationship between history-reason-will.

may take the form of goal-oriented instrumental reasoning, of the cognitive rationality of evidence-based assessments, the more precise and coherent articulation of principles or values, and so on.

It would be a mistake, however, to think that the law's core made of history, reason, and will is a peaceful and stable one. On the contrary, the centripetal forces operating upon this triad are constantly counterbalanced, when not overwhelmed, by centrifugal forces. The balance is one under permanent stress, tested at every point of inflection in the life of a legal order. When a legal order fails, it does because history, reason, and will conflagrate. Furthermore, the pressure inherent in law's ontology may be augmented or diminished by local conditions.

It was thus expected that as societies became ever more complex, mechanisms would evolve to assist in dealing with the tensions between the constitutive elements of law in their local presentation. The most successful among such mechanisms are what I name *paradigms of law and legal thought*.

Paradigms of law are the work of high legal theory that in time subside into doctrinal or policy legal discourse. Paradigms endure when they present a compelling idea of the relative place of history, reason, and will in law. And the idea is only compelling when it speaks to the universal history-reason-will of law as well as to their local and particular *what* and *how*.

At the general level, the current paradigm of law and legal thought is the product of the politics and jurisprudence of the 19th century. The political experience was that of profound instability. In the course of the 19th century, the masses of the West entered the political stage with a thunderous step. In Brazil, it was not different. Between the “Cabanada Movement” early in the century in the north to the “Federalist Revolution” at the end of the century in the south of the country, Brazil counted more than three dozen revolts: civilian or military, conservative or liberal, secular or religious, of free or enslaved peoples or both. Any minimally attentive person living in the 19th century in Brazil, the United States, or Europe must have felt the ground shake under their feet. The political elites certainly did.

Of course, human history has patented instability. Nonetheless, until the 19th century, the masses would occasionally insurrect and then sooner or later return to their assigned seat in the order of things. That changed during the 19th century. Then the masses entered the proscenium to stay. The only question left for the elites of the time was whether they could influence the terms of the occupation. Would it be unruly and thus unpredictable or ordered and tame? Noninstitutionalized or institutionalized? Radically, moderately or minimally redistributive? And so on.³²

³² For brilliant analyses of this process in Brazil, from the monarchy to the early republic, see the several classics authored by José Murilo de Carvalho as well as Lynch, 2014, and LESSA, 2015.

The answer that high legal thought offered to those questions became paradigmatic. The answer came in the form of a settlement between two currents of ideas which in the 18th century had been polarized: *historicism* and *rationalism*. The rapprochement occurred more or less everywhere in the West, but the terms of it that would later become universal were crafted by Savigny and Hegel (HEGEL, 1991; SAVIGNY, 2002, p. 41-81).

Savigny, a historicist, argued that the raw materials of legal experience and the norms that emerge from it were not the product of abstract reason and concentrated will but rather that of an anonymous, non-authorial, organic, and long-unfolding process akin to the process of creation of a natural language. Who authored Portuguese or English or German? No one. However, despite his views on jurigenesis, Savigny conceded that without the conceptual and organizational finishing work of “legal science,”³³ the law originating in the spirit of a people would in time dissipate, perishing under the weight of its rudimentariness. It was therefore necessary that reason stepped in, not to create *ab nihil* but to shape and conserve the law of a people. And in this way, Savigny met rationalism midway between the historicist-rationalist divide.

Hegel, a rationalist and a demolishing critic of Savigny, made his journey to the middle walking from the opposite direction. Reason is both sovereign and embodied. Every time a rational being acts, reason leaves its small or large imprint on the ground of history. But reason does not manifest its full light all at once. Because its appearance is through the agency of rational beings, reason necessarily passes through stages of development, and in each stage, it leaves behind a type of law. Thus, from the viewpoint of humanity, sovereign reason only manifests in history and depends on history to incrementally unfold through the phases of its development. The telos of this process is a rational legal order that, according to Hegel, at last became historical in Western constitutional orders of 19th century. By granting history its due, Hegel met historicism midway between the historicist-rationalist divide.

Under the new ratio-historicist alliance forged by the jurisprudence of Savigny, Hegel, and their followers, the constitutional orders of the 19th century appeared exemplary (usually by the metric of the English constitutional experience), for they were justified both historically and rationally. Historically, they passed the test of non-authorial and yet particularistic authenticity. Rationally, those constitutional orders passed the test of epitomizing the long journey and realization of reason in history.

Importantly, legal systems are able to create social stability as constant normative change only inasmuch as legal actors – lawyers, legislators, administrators, judges – internalize the ruling *paradigm of law*.

33 For an overview of the eras of legal science, see FERRAZ, 2014.

This internalization is usually acquired through doctrinal instruction in law schools and through professional socialization and training. Internalized, the paradigm allows legal actors to smooth out the inescapable tensions in their legal orders between problem-solving functional adaptation and axiological steering. In this regard *The Great Alliance* also succeeded, for it is incomparably doctrine-generative.

The realignment of legal rationalism and historicism was an impressive jurisprudential monument. But what about those thunderous masses, who would no longer take leave of the political stage? They had to endorse the ratio-historicist pact if it were to be effective and lasting. By and large, they did, and for two reasons.

First, the masses felt the cogency, elegance, and allure of the ratio-historicist jurisprudence as irresistible as the elites did. Second, consider this list: representative, three-branched government; a free civil society in the spheres of religious, family, commercial, and cultural relations; direct and fiscally-sponsored distributive policies; the loosening of requirements for eligibility for office and for the exercise of the franchise; individual justiciable rights; the promise of social order and with upward social mobility; etc. In practical terms, the people saw a path to emancipation and improved life conditions. History proved them right. And to the extent that history falls short of expectations, the ideals of ratio-historicist-democratic constitutionalism continue to provide the standard for judgment of their reality and the repertoire of aspirations to the people.

The 19th century great alliance between history, reason, and democracy is the paradigm of law and legal thought that contained and propelled forward the spirit of Brazilian law. Of course, this paradigm is flexible enough to accommodate various schools of jurisprudence and approaches to legal doctrine. But flexibility is not illimitation. The spirit of Brazilian law was born and matured under this great alliance and must continue to operate under it. Therefore, *its agents must still connect in theory and practice The Great Alliance with the causation of legal form and the attitude toward it characteristic of the spirit of Brazilian law.*

4. THE AGE OF MATURITY

Before maturity, there was the rise of the spirit of Brazilian law. Let's begin this section by capturing yet another moment of this rise.

Pimenta Bueno, author of the first great constitutional law treatise in Brazil, defended the principle that "*ejus est legem interpretari cujus est legem condere.*"³⁴ Roman in origin, the question about the comparative extra-epistemic

³⁴ "To him the power to interpret the law, whose it is to compose the law." (PIMENTA BUENO, 1857, p. 74). In Latin in Pimenta Bueno's treatise, and here in my translation.

legitimacy of various interpreters of the law was an important theme in 19th century legal thought. This question remains critically important today, a point to which I return later. But to fully understand the import of the contemporary problem of legitimacy vis-a-vis institutionalized interpretive practices, let us further revisit a simpler historical time.

In order to make that Roman principle operative in his time, Pimenta Bueno proposed a distinction between two types of interpretation: interpretation via doctrine and interpretation via authority.³⁵ Next, he further differentiated interpretation via doctrine into two subtypes: judicial and juristic.

The legislator alone was to have the monopoly over interpretation via authority, falling solely on the parliament the extra-epistemic legitimacy to enact legislation interpreting or clarifying its own previous laws. The legitimacy in case is extra-epistemic because its foundation rests on the notion of popular sovereignty and its representation in parliament. Indeed, there is no reason to believe that the legislator³⁶ understands laws better than any number of other actors. Therefore, Pimenta Bueno was of the view that only (with the qualification discussed *infra*) the authoritative interpretation by the parliament was fully consistent with the principles of popular sovereignty, representative government, separation of powers, rule of law, and, ultimately, with freedom itself. Accordingly, the only legitimacy judges and jurists could aspire to would have to be of an epistemic nature, anchored in expert knowledge and disciplined by role-morality.

Above all, the double monopoly of the legislator as maker of laws and as authoritative interpreter of those laws was a requirement of freedom, for freedom was for Pimenta Bueno the reason for the existence of the legal order, operating within it as a “fixed and progressive principle.” (PIMENTA BUENO, 1857, p. 428). And freedom had two inseparable aspects: one private and the other political. He wrote that “true or whole freedom lies in the union, in the joint enjoyment of civil and political rights, in the connection of these two moral forces, which complete the rational development of man and his faculties.”³⁷ (PIMENTA BUENO, 1857, p. 446). However, he warned, “it is not enough to want to be free: it is necessary to know how to sustain freedom in order to be able to enjoy it” (PIMENTA BUENO, 1857, p. III). And although the 1824 constitution enshrined in “each of its beautiful articles [...] a summary collection of the most luminous principles

35 Note that eight decades later, Hans Kelsen (1960), in the first edition of his *Pure Theory of Law*, would make this distinction world-famous. In 1840, Savigny established in his *System des Heutigen Römischen Rechts* what became known as the canon of interpretation (grammatical, historical, systematic, and teleological). As far as I know, Pimenta Bueno had not read this work.

36 The “legislator” considered as an institution, which includes elected lawmakers but also the apparatus of experts that support their work.

37 The thesis that in modern times rights and democracy were constitutively interdependent would be advanced by Jürgen Habermas (1992) in *Between Facts and Norms*.

of philosophic, or rational, public law” (PIMENTA BUENO, 1857, p. IV), it still needed to be interpreted, both judicially and juristically.

One could see the division of labor between interpretation via doctrine and interpretation via authority as a constitutional dilemma or as a *systemic* antinomy, but I read Pimenta Bueno to be operating with three factors: practical requirements, epistemic requirements, and political legitimacy. Political legitimacy conduces to the legislator’s monopoly of interpretation via authority. But the practical necessities of adjudication and the epistemic tasks of legal intelligibility and interpretation made interpretation via doctrine inevitable, if not desirable.

In the relatively simpler historical period to which Pimenta Bueno wrote, one could still hold on to a clear cleavage between, on one side, the legitimacy of legislation based on representation and, on the other, the professional and epistemic adequacy of judicial and juristic doctrine.

Things, of course, have since changed. But signals about how they would change were already present in Pimenta Bueno’s view on interpretation via doctrine, whether judicial or juristic. Of necessity, the judiciary applies laws to concrete cases. Furthermore, adjudication evolved as a power that cannot decline its exercise once properly provoked. Epistemically, he wrote, “as it is not possible [...] to apply the law without recognizing and qualifying the facts, without examining its precept, without understanding it, without interpreting it, without combining its words with its spirit, with other correlative laws, deducing its force, understanding its vistas; it became necessary to give this faculty to judges, and in some manner associate them with the legislative power, and at the same time to give them rules for the use of this attribution” (PIMENTA BUENO, 1857, p. 77).³⁸ Leaving no doubt on the matter, Pimenta Bueno stated that “[j]udicial interpretation [...] therefore consists of the faculty that the law has given to the judge [...] to examine the true meaning, the precept of the law, or of the principles of law [...]. For this task, the judge relies on the general principles of law, the rules of justice. [...] This competence is not only bestowed by the [constitution], [...] it is of high importance, and ample guarantee for society and for individual rights” (PIMENTA BUENO, 1857, p. 77). The great alliance between history, reason and popular sovereignty (though not yet mass democracy) was already in 1857 endogenizing a higher order rationalization of law into adjudication.

Pimenta Bueno could have left the matter in the terms discusses thus far. And yet, in another sign of the times to come, he went on to argue that in legal interpretation, judges partake, albeit in a limited degree, in the political legitimacy that only the people can bestow. Judges, he thought,

³⁸ Pimenta Bueno, as this passage indicates, articulates a step in legal evolution that Ronald Dworkin (1986), in *Law’s Empire*, analogized to the interpretive turn that may occur in the normative life of a community.

make use of the “authority that the constitution confers on them, their own authority, directly delegated by the nation” (PIMENTA BUENO, 1857, p. 78). Certainly, this constitutional authority of judges was curbed by the separation of powers, by design of the judiciary as an institution, by the appeals system, and especially by the prohibition of attribution of *erga omnes* effects to judicial decisions.

Putting it all together, the judiciary as an actor and the higher order rationalization of the interpretive practice carried on within its institutional purview were already en route to become the expanding site of justification and contestation it now is in Brazil.

Pimenta Bueno’s treatise is not our only evidence of this trajectory. From the beginning of the independent country, the Brazilian judiciary was designed to combine the practical and epistemic aspects of interpretation via doctrine. Issued just a few days after the enactment on 25 March 1824 by Emperor Pedro I of the first constitution, the executive decree (*Decisão*) n.º 78 of 31 March 1824 determined that all judges “declare in their decisions the fundamentals and reasons for them in a detailed and specific way.”³⁹

Nonetheless, Pimenta Bueno’s approach to reconcile political legitimacy and epistemic adequacy in a multi-actor interpretive practice offers pioneering insights. But the manner in which this question of reconciliation reverberates in our own time – where it appears most often as a putative conflict between democratic majorities and apex judicial interpretation – assumes a complexity that Pimenta Bueno did not anticipate.

Now, in the age of maturity of Brazilian law, the question of reconciliation among the practical, epistemic, and legitimacy elements of legal interpretation in a high-complexity legal order is no longer reducible, as it was for Pimenta Bueno, to a reasonable division of legal labor among lawmakers, judges, and jurists. For us, the question is now one of reconciling the problem-solving or adaptive functions of legal orders with their normative steering of social life under a paradigm of legal thought we have inherited. A paradigm, it is worth recalling, of extraordinary affordance and important limitations.

Within this larger contemporary problematic, there is a displacement of the matter of the effect of judicial interpretation of constitutional and infra-constitutional legislation on the ascribed intention of the law or (which is not the same as the object of interpretation) of the respective legislator as representative of the people. I am not referring here either to the often-mentioned epistemic obstacles to discover the *intentio legis* through the *intentio legislatoris* nor to the less often pointed out irrelevance of the intention of

³⁹ See: https://www.camara.leg.br/Internet/InfDoc/conteudo/colecoes/Legislacao/Legimp-G_53.pdf (last visited July 17, 2023). My Translation.

concrete legislators to a sophisticated interpretive practice. The displacement that matters most is both adaptative and axiological.

In adaptative or problem-solving terms, like a tailwind that propels society forward relentlessly, the constantly emerging problems of social coordination by far extrapolate the specific predictive powers of legislation. This is not new; what is new is the degree to which this is the case. New problems will not go away, nor will societies pause until we put together a committee to think it through. There are only two options here: normatively unguided and functionally disperse adaptive responses or adaptive responses sensitive to the cardinal values of the legal order and functionally concentrated in the hands of the institutions of a constitutional order. If the latter option prevails, it will inevitably take the form of a highly complex and sophisticated institutionalized interpretive practice further unified by its argumentative reference to the formal sources of law.

Everyone is of course interpreting. In other words, we have interpretation through and through. At this stage of the evolution of law and the society that it constitutes and recreates daily, there is no stepping back from justification and contestation as interpretation. It was a long evolutionary path to this point, but here we are, and only a sufficiently mature and sophisticated law and body of legal thought can hope to navigate our present circumstance.

Perhaps, if one is inclined to escapism, the situation could be made sense of in the (from our vantage point) simpler terms proposed by Pimenta Bueno: enduring doubt, say, about the meaning in abstract or as applied of a constitutional provision ought to be ultimately resolved via law enacted by the direct or delegated constitutive power. Sometimes this happens, of course, through the process of constitutional amendment. But, as Pimenta Bueno himself recognized, that is impractical. Doubt is quotidian, and, by constitutional design, judges are obligated to resolve them in the course of their work. In addition, there is no such thing as pre-interpretive doubt about the meaning of law. Doubt about meaning can only be an interpretive conclusion, even if a provisional or hypothetical one.

Nevertheless, the problematic identified by Pimenta Bueno in his relatively simpler times remains a challenge today. How to render intelligible what so many experience as an important democracy versus legal elites or democracy versus adjudication problem at the core of constitutional orders? If indeed there is a problem here, how to solve it? These questions are central to the age of maturity of the spirit of Brazilian law. In order to

indicate a route to progress in addressing them, I consider two positions in the debate.⁴⁰ Positions that here I reconstruct in general, ideal-typical form.

Keep in mind, though, as we move through these two positions, the two orders of constraints that preside over the mature stage of the spirit of Brazilian law: Brazil's high-complexity and *The Great Alliance* paradigm of law that controls the intelligibility and shapes the creative powers of all levels of legal thought in the country. For as long as these constraints obtain, no position is viable that is not also responsive to them.

The first position evokes the concern that led Pimenta Bueno to reserve for the legislator the interpretation via authority. The contemporary version of this concern approaches adjudication in democracies with a call for demoting it to a secondary rank of importance in legal thought, which central end would be “the working out, in imagination and in practice, of the interaction between ideals or interests and institutions or practices through the detailed medium of law.” (UNGER, 1996, p. 107). As it stands in constitutional democracies around the world, adjudication, the argument says, has assumed, in the political structure of those societies, the role of rationalizing and refining the all-too-precarious and usually inconsistent compromises occasionally achieved in and enacted as law by the “political branches of government” (UNGER, 1996). The judiciary's share in the institutional division of labor in democracies has both unduly inflated the importance of adjudication and reduced legal thought to the task of providing an idealizing explanation of contingent agreement and compromise characteristic of democratic legislation as if they expressed a morally cogent and coherent “social logic.”

This “rationalizing legal thought” is criticized as the intellectual and rhetorical strategy employed by jurists and judges in order to achieve a double objective, namely: the justification, both as epistemically authoritative interpretation and as an argument for moral plausibility, of the formal sources of law; and to so do without openly engaging in the traditional political struggles and trade-offs that precede political compromises about shifting

40 See the conventionally referred to as neo-constitutionalism debates. Readers interested in an overview of the arguments in these debates could consult the following works. For the “*UERJ School*,” see BARROSO; MELLO, 2018; BARROSO, 2001, 2006—which is one of the most influential works on the debate. See also BARROSO et al., 2003; BARCELLOS, 2002, 2005; SARMENTO, 2009; PEREIRA, 2018. For the “*USP School*,” see FERREIRA FILHO, 2009, p. 151–167; SILVA, J., 2012; RAMOS, 2015; SILVA, V., 2005. For a comprehensive overview of the debates in Brazil up to 2012, see GALVÃO, 2014. For an articulation of a “black constitutionalism” that sees the constitution as a “program of social transformation capable of promoting the integration of black individuals,” see MOREIRA, (forthcoming) (chapter VII in my translation of the unpublished manuscript) and MOREIRA et al., 2022, p. 265, where the authors ask the constitutional interpretative question from the perspective of excluded groups and defend the “principle of antiracist constitutional interpretation.” See also NEVES, 2021; FALCÃO; OLIVEIRA, 2013. For current debates centered on Brazil but reaching beyond to South America, see the studies collected in *Constitucionalismo, Transformação e Resiliência Democrática no Brasil: o Ius Constitutionale Commune na América Latina tem Uma Contribuição a Oferecer?* (MELLO, 2019). For another influential study, see CARBONALL, 2009. On the process of selection of constitutional court judges in Brazil, see JORGE, 2020. A classic on the Brazilian Supreme Court is O Supremo Tribunal Federal, Esse Outro Desconhecido. (BALEEIRO, 1968). Finally, see also LEAL, 2018; ÁVILA, 2003; SOUZA NETO; SARMENTO; BINENBOJM, 2009; SARLET, 2012; Vieira, 2008; and VIANNA et. al., 1999.

constellations of fragmented interests and ideals. In this view, rationalizing legal thought is revealed as an attempt by its producers and consumers to speak reason to power. However, in practice, rationalizing legal thought shortcuts democratic deliberation and handcuffs democratic imagination. Thus, at the end of the day, rationalizing legal thought would appear unveiled as a particular mode of elite-speak, as a specific type of reason – that of the articulation of the liberal social-democratic compromise – speaking to a particular form of political power – the power of the *demos*. Considered in this context, after the modern democratic revolution, idealizing jurisprudence appears as the voice of restoration, according to the first position on current debates.

This view that I am describing promptly – and one might say, hastily – concedes that “there is no developing rational scheme that different fragments of law may be seen to exemplify” (UNGER, 1996, p. 109). The corollary here is unavoidable: democracy, as legislation, is not an agent of a historical process of rationalization. In other words, if there *is one* overarching rationalizing process in operation in human affairs, democratic legislation is not involved in it. In this case, this first position in the debate asserts, rationalizing legal thought is simply very bad at describing, reconstructing, and interpreting the law. Hence, confronted by the unsoundness of its ambition to reconstruct democratic law as an expression of a coherent social logic, adjudication in democratic societies must follow a narrow path between their lack of democratic legitimacy and the production of enough social efficacy for the legal choices made by democratic bodies. Nonetheless, far from being a problem for democracy, the limits imposed on adjudication are “a precondition of democratic vigor, for democracy expands by opening social life up to conscious experimentation” (UNGER, 1996, p. 109).

There is in all this a programmatic vision, that of delivering democracy from the influence of judicial and juristic rationalizing legal thought. Instead, “[f]or the democratic project to advance, the specialized disciplines and the professional practices must somehow return to the central conversation of the democracy the larger agenda they helped take away from it [...]. The jurist, no longer the imaginary judge, must become the assistant to the citizen. The citizen rather than the judge must turn into the primary interlocutor of legal analysis. The broadening of the sense of collective possibility must become the controlling mission of legal thought” (UNGER, 1996, p. 113).

What role then for the judiciary if a post-rationalizing legal thought circumstance were to emerge historically? A circumstance in which democratic institutions take over or regain the responsibility for, with an experimentalist and untutored ethos, imagining and re-imagining, through law, the forms and conditions for social life. In other words, how should judges decide cases once rescued from the spell of rationalizing legal thought?

A plausible conception of post-rationalizing adjudication might propose a set of requisites: first, judges would have to respect the human dimension of legal cases by refraining, among other things, from “harnessing [the parts] to a glittering scheme for the improvement of the law” (UNGER, 1996, p. 113). Although presented as an abstract principle, which naturally calls for interpretation, respect for the parts’ “reality and practical needs” in any given case would be of paramount importance (UNGER, 1996, p. 113). Second, judges would leave “open and available, practically and imaginatively, the space on which the real work of social reform can occur” (UNGER, 1996, p. 113). The prescription here is to try and prevent reason from once again tame functioning of mass democracy, since democratic institutions are the only instrument of “*real*” reform. All along, the ultimate objective would be to disconnect social reform from a legal discourse that acts supreme vis-à-vis the choices of elected representatives. (UNGER, 1996, p. 113). These first two requisites call for a client-oriented and moderate type of adjudication. However, in order to accommodate realities on the ground of our complex societies, a third requisite might be to allow for law-rectifying and structure-transforming adjudication in truly exceptional cases of equitable adjustment and democracy-enhancing judicial-statecraft (UNGER, 1996, p. 113).

Nevertheless, in justifying their tame or bold decisions, judges rely on forms of legal thought (that, I submit, are paradigm-bound). What, in this updated version of Pimenta Bueno’s legitimacy concerns, might that form of legal thought look like?

One simple answer to this question might be to revive the XIX century canon of interpretation – grammatical, historical, systematic and teleological –⁴¹ cum moderation. In this solution, the thought-architectures of rationalizing legal thought would be replaced with a return to traditional interpretive methods conducted with an attitude of functional moderation. Moderate judges indeed, for “the ideal of popular self-government usually finds its best judicial defense in the modesty of the standard practice” (UNGER, 1996, p. 117). But do not be fooled, because the call for judicial moderation is the price for the radicalization of democratic experimentation. It promises, in fact, a powerful actor-replacement, in the sense that “[t]he view of legal analysis in an adjudicative setting I now offer deflates the vast intellectual and political hopes of rationalizing legal doctrine. It is less ambitious within adjudication, however, only because it is more ambitious outside it” (UNGER, 1996, p. 113).

41 “The heart of most legal analysis in an adjudicative setting should and must be the context-oriented practice of analogical reasoning in the interpretation of statutes and past judicial decisions. This analogical reasoning must be guided by the attribution of purpose to the interpreted materials, an attribution that can often remain implicit in situations of settled usage but that must be brought out into the open whenever meanings and goals are contested.” (UNGER, 1996, p. 114).

The support that this position in the debate about democracy versus adjudication receives from both the left and the right is evidence that the revival of conventional XIX century moderate, contextual, purposeful, and analogical interpretation which displays “deference to literal meanings and *shared expectations*”⁴² speaks to something real in modern culture (UNGER, 1996, p. 113). Indeed, “modest, sensitive, good-faith interpretation of the law” appears for many to be a necessary entailment of the normative logic of democracies. Moreover, this view of the matters claims, as a matter of fact, deference to literalism and conventionalism goes a long way in deciding many, perhaps even most, cases.

You might now rightly question whether the call for moderate, good-faith legal interpretation, sufficiently takes into consideration the fact that “shared expectations” about legal materials cannot but reflect the decantation upon the whole of the society of one dominant idealization of the legal materials (UNGER, 1996, p. 113). There is no place outside macro jurisprudential views. There is only knowing or not knowing inside which of those one finds himself. The entailment of the argument for “shared expectations” is clear: the process of discovery of “shared expectations” is an inquiry into what happens to be the dominant idealization of the *corpus juris* at a point in time and, subsequently, the adoption of this dominant version of the rationalization of the materials in spite of the adjudicator’s own convictions in order to ensure deference to the very shared expectations (UNGER, 1996, p. 113). If you were then to reach the conclusion that there is no place outside idealization you would be correct. You would therefore also be correct to question the reliance on “shared expectation” as an antidote to the idealization of the formal sources of law by legal elites.

In other words, idealization is not only the only game in town. It is an inescapable game.

Nonetheless, if democracy is to really count, there must be an institutional delimitation between the law-making and law-application functions, as articulated not only in the liberal jurisprudential tradition but in almost all traditions that emerged in Europe and the Americas. Furthermore, although it deflates reason, this first position that I have been reconstructing in ideal-typical generality boosts the historicist and democratic dimensions of law’s ontology while it deflates the rationalist dimension.

All considered, this first position on the democracy versus adjudication problematic is on the table for the age of maturity of Brazilian law.

42 “The purposes guiding the analogist must be just as eclectic in character as those motivating the contestants in original lawmaking. [...] What matters is for the judge to form a view of these purposes that is continuous with the real world of discourse and conflict from which that fragment of the law came. Moreover, the view should recognize the contestable and factional quality of each of the interests, concerns, and assumptions to each it appeals. They count not because they are the best and the wisest but because they won, and were settled, earlier down the road of lawmaking. [At stake is a] general commitment to respect the capacity of parts and movements to win in politics, and to encode and enshrine their victories in law.” (UNGER, 1996, p. 113).

But now consider a *second position* about the democracy versus adjudication question (BRASIL, 2016; BARROSO; MELLO, 2018; BARROSO, 2001, 2003, 2006, 2023).

Ideal-typically, the second position sees itself as performing a break. Whereas the first position in the debates about the democracy versus adjudication problematic can be said to keep some continuity with Pimenta Bueno's understanding of the problem, the second position begins with the thesis of an unavoidable departure from the past.

According to this second view, the sense of a break with the past has historical, cultural and institutional causes. Historically, it points to the reaction in legal thought to what it identified as contributors to the tragedy of mid-century nazi-fascism. In the wake of World War II, legal thought in the West denounced the reduction of sources of law to "enunciados normativos" (the text of laws) and, in relation to those, the analyses consisting primarily in checking their formal conditions of validity. Outside the United States and England, it became common to refer to this movement in jurisprudence as "post-positivism." Culturally, a new acknowledgment of and often praise for viewpoint diversity within and between countries further weakened the perception of consensus over beliefs and life-styles. Furthermore, still in the cultural causes of the break from the past, consider that individual rights came to mediate the self-understanding of the person (I am he who has a right to be free, to participate in politics, to be left alone when I wish, to be treated with respect, to be and feel safe, and so on) and to benchmark the legitimacy of legal orders. Rights became the ordinary language of justice, respect, freedom and equality. Institutionally, first in the United States, then in Germany, Italy, Brazil and other places, the center of gravity of legal systems moved from private and criminal laws to constitutional law.

These historical, cultural and institutional factors, as they converged after World War II, are identified by the second position in the debate as causing a definitive break from 19th century's jurisprudence.

The institutional face of this break, which puts the constitution at the center, is easily visible. First, there are the older ideas of constitutional supremacy plus some form of invalidation or suspension of infra-constitutional legislation or executive action that are procedurally or substantively incompatible with the constitution. This revolutionary innovation of American constitutionalism was however put to newer and expanded use as the next waves institutional innovations took hold. Second, in constitutional regimes where constitutional norms were considered merely programmatic, and unenforceably addressed to the legislator or the administrator as opposed to the private individual or the judge, the new view came to prevail that constitutional provisions, even those textually carved or interpreted as enacting abstract principles, were

judicially applicable and enforceable (“força normativa da constituição”). In Brazil, doctrine and jurisprudence on the interpretation of principles is highly developed.

Third, and here Brazil offers perhaps the most advanced example, there was a dramatic expansion of constitutional judicialization. On this third point, three innovations combined: courts gained jurisdiction over a much broader range of constitutional matters both because constitutions expanded their material reach and because they regulated matters in greater detail; in addition to the power any court of law had to incidentally declare unconstitutional laws litigated before them, many new procedural mechanisms were created to allow as-applied or abstract direct challenges before constitutional courts of legislative and executive acts and omissions; finally, several executive and legislative branches office-holders, political parties, and other civil society organizations received standing to bring those direct challenges before constitutional courts.

Fourth, overarching constitutional principles as well as detailed constitutional provisions reached directly into areas of infra-constitutional law (property, contract, family, business, administrative law, etc.) traditionally kept insulated from direct constitutionalization. This was a two-way avenue, which included the constitutional regulation of juridical relations traditionally left outside the text of constitutions but above all the fact that interpretation of the norms of traditional infra-constitutional fields was undertaken through the lenses of constitutional principles and fundamental rights. In other words, “the constitutionalization of law is associated with an expansive effect of constitutional norms, which material and axiological contents irradiate, with normative force, throughout the legal system” (BARROSO, 2006, p. 16-17). In these circumstances, constitutional provisions “condition the validity and meaning of all infra-constitutional norms” and reach into “private juridical relations” (BARROSO, 2006, p. 16-17).

Fifth, and crowning the institutional dimension of the break from the past and the turn to (neo)constitutional law, legal interpretation was brought to an entirely new level of complexity and sophistication. Thus, “from this set of phenomena resulted an extensive and profound process of constitutionalization of law” (BARROSO, 2006, p. 15).

On the question of legal interpretation or hermeneutics, the second position on the democracy versus adjudication debate declares the insufficiency of the old canon of interpretation systematized by Savigny and adopted throughout the world, declaring that “practitioners and legal theorists have realized, in recent times, a situation of deficiency: the traditional categories of legal interpretation are not entirely adjusted for the solution of a set of problems linked to the realization of constitutional will. From then on, the process was triggered of doctrinal elaboration of

new concepts and categories, grouped under the name of *new constitutional interpretation*, which uses a diversified theoretical arsenal” (BARROSO, 2006, p. 11). For how could a literal, modest, and good-faith approach to interpretation recommended by the first position in these debates succeed in “the definition of the content of clauses such as human dignity, reasonableness, solidarity and efficiency”? (BARROSO, 2006, p. 13). Or how could the traditional approach to resolve “normative conflicts – hierarchical, chronological, and specialization – be useful when the collision occurs between provisions of the original Constitution”? (BARROSO, 2006, p. 14).

According to this position in the debates, the historical, cultural and institutional transformations in post-war legal orders recreated them as an “objective order of values” in which “constitutional norms condition the interpretation of all fields of law, public or private, and bind all state powers” (BARROSO, 2006, p. 19-20).

Under the weight of the transformations it identifies, the second position in the democracy versus adjudication debates submits that with the constitution, the judiciary also moved to the center of the legal order, thus making little sense the call to deflate its importance in legal thought.

With this new protagonism of the judiciary, the political legitimacy concern that led Pimenta Bueno to reserve to the parliament the interpretation via authority gains new dramatic contours. And yet, in an argument that echoes Pimenta Bueno’s when he rooted the origin of the judicial power in the sovereign constitutive power of the people, it is said that “the power of judges and courts, like all power in a democratic state, is representative. That is to say: it is exercised in the name of the people and is accountable to society” (BARROSO, 2006, p. 46).

Ultimately, this second position pushes this courts-as-representatives argument much further. In fact, it dilutes, without eliminating it, the democracy versus adjudication debate. “The idea of democracy,” the argument states, “is not limited to the majority principle,” for “there are other principles to be upheld and there are minority rights to be guaranteed.” Furthermore, it is common to underestimate the potential stasis brought about by political rivalry under majoritarian procedures. One might ask whether and when even legal changes popular in the *demos* would take place through legislation. Sometimes reliance on democratic elected officials is no more than a more socially accepted form of avoiding responsiveness to real problems awaiting solution or to widely shared values awaiting to impact the law.

Seeking to clarify the concepts of citizenship and democracy, this second position affirms that “citizen is different from voter; government of the people is not government of the electorate. In general, the majoritarian

political process moves by interests, while the logic of democracy is inspired by values. And often there will only be the judiciary to preserve them. The democratic deficit of the judiciary, resulting from the counter-majoritarian difficulty, is not necessarily greater than that of the legislature, whose composition can be affected by several dysfunctions, among which the use of administrative machinery, the abuse of economic power, the manipulation of the means of communication” (BARROSO, 2006, p. 48-49).

In view of all this, this second position on the democracy versus adjudication problematic also is on the table for the age of maturity of Brazilian law. This position favors reason to shape practices of justification and contestation in a legal order, at least as much as the weight of tradition and the opportunism of voluntarism do. Its guiding idea is that reason – as opposed to convention, whim, or majority interests or opinions – must draw the line that demarcates the boundary between law-making and law-application. Within the framework of the second position, historicism results deflated and democracy results redefined as aspects of law’s ontology in order to give greater protagonism to law’s rationalism.

These two positions I sought to capture in their most general aspects compete for hegemony in Brazilian law. Both, each from their own angle, reflect the spirit of Brazilian law. And although the second position now prevails, its clashes with the first position remain important as a corrective and as an inspiration for the achievement of greater rigor in its arguments and doctrines.

Whatever the future of these debates, though, there are three important limitations that together co-determine the possibilities of triumph of legal theories and of their *derivative* doctrines. I say derivative because there is no place outside theories. There is only knowing or not knowing that you are inside one of them. In any event, one limitation is particular to Brazil, the other two are almost universally shared.

The particular limitation of legal theories in Brazil is that they must engage, supportively or critically, with the utopian spirit of Brazilian law which I outlined in this essay. This is the case in Brazil as much as legal theories in the United States must engage, again supportively or critically, with the pragmatic spirit of their law. To ignore the spirit of Brazilian law was still possible during the early period of its rise; that is certainly no longer the case in the age of its maturity.

The two universal limitations were already mentioned earlier in this essay. They are the high-complexity nature of the society Brazilian law summoned into existence and the paradigm of legal thought – *The Great Alliance* – within which legal thought, from theory to doctrine, operate.

The price to ignore any of these three limitations is irrelevance, or at least irrelevance beyond passing fads.

CONCLUSION

Once home to the only capital of a European empire in the Americas, the laws and institutions of the old colony of Brazil had to quickly adjust to its new national and geopolitical realities. At the time, emphasis was placed on the expedited assimilation of an European legal thought caught between the reformism demanded by Enlightenment ideas and the preservation of a much older legal worldview anchored on the idea of the divine right of monarchs and the legitimacy of its accompanying system of social hierarchies. Already in the 19th century, legal thought in Brazil had to face the challenges of independence and nation-state consolidation of a territory that would eventually spread over almost half of South America, of designing a constitutional order for a native constitutional monarchy, of slavery and emancipation, of the foundations of a liberal republic brought about by a military insurrection, of mass migration, of urbanization, and of industrialization and its new labor relations. The 20th century added civilian and military dictatorships, resilient poverty, Cold War alignments, macro-economic disaster, re-democratization, globalization, and unexpected relative wealth to the previous centuries' list of challenges. Throughout, legal thought in Brazil adjusted to the circumstances with both normative imagination and *status quo* preservationism. Notably, and unlike other countries in the Americas, intellectual and governing elites in Brazil displayed a profound sense of cultural distinction and insularity.

In its age of maturity, the legal order symbolized by the 1988 constitution challenges the spirit of Brazilian law to help govern it as a vibrant interpretive practice. The very success of the 1988 constitution in transforming Brazilian society imposes, I argued in the preceding pages, a vast challenge. Now, the spirit of Brazilian law must do two things: it has a constitutional order to ever more fully and constantly materialize and it must at last develop grand, systematic formulations of its unique conception of the relationship between law and reality, for the question of whether there is anything universalizable in the spirit of Brazilian law awaits not an answer – which is, of course, yes – but a monumental and everlasting formulation of the answer. Further progress on the former task depends on the latter.

Perhaps legal thought in Brazil still imagines itself peripheric. Perhaps, because of that, it hesitates. It is not and it should not. Now, in the age of its maturity, Brazilian legal thought should appropriate on its own terms the long tradition of universal legal thought, and enlarge it.

REFERENCES

- ALENCAR, José de. *Esboços jurídicos*. 1883. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/489>. Acesso em: 3 out. 2023.
- BARBOSA, Rui. *A questão social e política no Brasil*. Casa Rui Barbosa. Disponível em: http://antigo.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/p_a5.pdf. Acesso em: 3 out. 2023.
- BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Edições do Senado Federal; v. 271. Senado Federal, Conselho Editorial, 2019 (pages 67-68, in my translation).
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, p. 83-105, 2005.
- BARCELLOS, Ana Paula. *Direitos fundamentais e direito à justificativa*: devido procedimento na elaboração normativa. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista da EMERJ*, v. 4, n. 15, p. 11-47, 2001. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/30918>. Acesso em: 2 out. 2023.
- BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista Quaestio Iuris*, v. 2, n. 1, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da constituição brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. “Apresentação”. In: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patricia Perrone Campos. *A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito da UERJ*. Rio de Janeiro: Fórum, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2023.

BARROZO, Paulo. The great alliance: history, reason, and will in modern law. 78 *Law & Contemporary Problems*, vol. 78, n. 1 (2015). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2573812. Acesso em: 30 out. 2023.

BARROZO, Paulo. Comparative law as a way of life: for William P. Alford. *Harvard Int'l Law Journal*, 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3766561>. Acesso em 2 out. 2023.

BARROZO, Paulo. Law in time: legal theory and legal history. *Yale Journal of Law and the Humanities*, v. 31, n. 1, p. 316-344, 2021. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/abstract=3794350>. Acesso em: 2 out. 2023.

BARROZO, Paulo. The Spirit of Brazilian Law. In: OSORIO, Aline Rezende Peres; PERRONE, Patrícia Campos Mello; BARROSO, Luís Roberto (eds.). *Direito e Democracia*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2023.

BEVILAQUA, Clovis. *Criminologia e direito*. Bahia: Livraria Magalhães, 1896.

BEVILAQUA, Clovis. *Juristas philosophos*. Bahia: Livraria Magalhães, 1897.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Habeas Corpus 124306/RJ*. Direito processual penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. Inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de ofício. Relator: Min. Marco Aurélio, 09 de agosto de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em: 02 out. 2023.

COHEN, Felix S. Transcendental nonsense and the functional approach. *Columbia Law Review*, v. 35, p. 809-849, 1935.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Boston: Harvard University Press, 1986.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Globo, 2001.

FERRAZ, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o Direito Constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, n. 250, p. 151–167, jan./abr., 2009.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código Civil: esboço*. Rio de Janeiro: 1865.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Brasília: Senado Federal: Conselho Editorial, 2003.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito*. São Paulo: Saraiva, 2014.

HEGEL, Georg Wilhelm Fredrich. *Hegel: elements of the Philosophy of Right*. London: Cambridge University Press, 1991.

HESPANHA, Antonio Manuel. *História das instituições: épocas medieval e moderna*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

JORGE, Álvaro Palma de. *Supremo interesse: a evolução do processo de escolha dos ministros do STF*. Synergia, 2020.

LAMOUNIER, Bolívar. *Rui Barbosa e a construção institucional da democracia brasileira*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira e Fundação Casa de Rui Barbosa, 1999.

LEAL, Fernando. A Constituição diz o que eu digo que ela diz. *Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 12, n. 39, p. 99–143, jul./dez., 2018.

LESSA, Renato. *a invenção republicana: campos sales, as bases e a decadência da primeira república brasileira*. 3. ed. Topbooks, 2015.

LYNCH, Christian Edward Cyril. A Utopia democrática: Rui Barbosa entre o império e a república. In: SENNA, Marta de (Org.). *Rui Barbosa em perspectiva: seleção de textos fundamentais*. 67. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui, 2007.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Saquaremas e Luzias: A Sociologia do desgosto com o Brasil. *Insight Inteligência*, v. 55, p. 21-37, 2011. Disponível em: <<https://inteligencia.insightnet.com.br/saquaremas-e-luzias-a-sociologia-do-desgosto-com-o-brasil>>. Acesso em: 3 out. 2023.

LYNCH, Christian Edward Cyril. *Da monarquia à oligarquia: história institucional e pensamento político brasileiro (1822-1930)*. São Paulo, Alameda, 2014.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Idealismo político na teoria política e no pensamento brasileiro: três modelos de história intelectual. *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 34, 2021. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/0103-3352.2021.34.237103>. Acesso em: 03 out. 2023.

MACEDO JR, Ronaldo Porto; PICCOLO, Carla Henriete Bevilacqua. Remarks on the philosophy of law in Brazil in the twentieth century. *Problema. Anuario De Filosofía Y Teoría Del Derecho*, v. 1, n. 8, p. 179–224, 2014. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22201/ij.24487937e.2014.8.8165>. Acesso em: 2 out. 2023.

MELLO, Patricia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o *ius constitutionale commune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer?. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 253-285, 2019.

MOREIRA, Adilson Jose et al. *Manual de Educação Jurídica Antirracista*. São Paulo: Contracorrente, 2022.

MOREIRA, Adilson Jose. *Mulheres, raça e direito: feminismo negro como política constitucional transformadora* (forthcoming) (chapter VII in my translation of the unpublished manuscript).

NEVES, Marcelo. *Constitutionalism and the paradox of principles and rules: between the Hydra and Hercules*. London: Oxford University Press, 2021.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional de direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2018.

PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Typ. Imp., 1857.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2015.

REALE, Miguel. *100 Anos de ciência do direito no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1973.

REALE, Miguel. A Experiência jurídica brasileira. *Revista Da Faculdade De Direito*, Universidade de São Paulo, v. 69, n. 2, p. 13–35, 1974.

REALE, Miguel. *Figuras da inteligência brasileira*. 2. ed.[s. l.]: Siciliano, 1994.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo, Saraiva, 2002.

- SALDANHA, Nelson Nogueira. História e sistema em Teixeira de Freitas. *Revista de Informação Legislativa*, v. 22, n. 85, p. 237-256, jan./mar. 1985.
- SALDANHA, Nelson Nogueira. *Ordem e hermenêutica: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Ordem burguesa e liberalismo político*. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1978.
- SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Roteiro bibliográfico do pensamento político-social brasileiro (1870-1965)*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: Casa de Oswaldo Cruz, 2002.
- SANTOS, Wanderley Guilherme. *A imaginação política brasileira: cinco ensaios de história intelectual*. Christian Edward Cyril Lynch (org.). Rio de Janeiro: Revan, 2017.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira*. *Civilistica.com*, v. 1, n. 1, p. 5-6, 2012.
- SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, 2009. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>. Acesso em: 3 out. 2023.
- SAVIGNY, Frederick Charles von. *Of the vocation of our age for legislation and jurisprudence*. London: The Lawbook Exchange, Ltd., 2002.
- SAVIGNY, Frederick Charles von. *System des Heutigen Römischen Rechts*. 1840.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.) *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115-144.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Comparing the incommensurable: constitutional principles, balancing and rational decision*. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 31, n.2, pp. 273-301, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TOLEDO, Claudia; MOREIRA, Luiz. Introdução. In: VAZ, Henrique C. de Lima. *Ética e direito*. São Paulo: Landy, Loyola, 2002.

TORRES, Alberto. *A Organização nacional*. 4ª edição. São Paulo: Ed. Nacional, 1982.

UNGER, Roberto Mangabeira. *Law in modern society: toward a criticism of social theory*. New York: The Free Press, 1976.

UNGER, Roberto Mangabeira. *What should legal analysis become?*. London: Verso, 1996.

VAZ, Henrique C. de Lima. *O problema da filosofia no Brasil*. Síntese Nova Fase, Belo Horizonte, v. 11, n. 30, p. 11-25, 1984.

VELASCO, Ignacio Poveda. Ordenações do Reino de Portugal. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 89, p. 11-67, 1994. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67236>. Acesso em: 3 out. 2023.

VIANNA, Francisco de Oliveira. *O Idealismo da constituição*. Rio de Janeiro: Editora Nacional, 1939. p. XI-XIII.

VIANNA, Francisco de Oliveira. *Instituições Políticas Brasileiras*. São Paulo: José Olympio, 1939.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, p. 441-463, 2008.

Recebido em: 30/08/2023

Aprovado em: 24/11/2023

DOSSIÊ

COMPENSAÇÕES PUNITIVAS POR VIOLAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS PRESOS: REFLEXÕES SOBRE O FUTURO DA ADPF 347 NO STF

*PUNITIVE COMPENSATIONS FOR VIOLATIONS
OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF PRISONERS:
REFLECTIONS ON THE FUTURE OF THE CLAIM
OF NON-COMPLIANCE WITH A FUNDAMENTAL
PRECEPT (ADPF) 347 BEFORE THE BRAZILIAN
FEDERAL SUPREME COURT*

Ademar Borges de Sousa Filho¹

Aline Osório²

SUMÁRIO: Introdução. 1. Os fundamentos constitucionais da compensação punitiva.

¹ Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (UFF) e graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Colaborador da Clínica de Direitos Fundamentais da UERJ. Professor do Mestrado e Doutorado do IDP.

² Mestre em Direito Público pela UERJ. Mestre em Direito (LL.M.) pela *Harvard Law School*. Professor de Direito do CEUB.

1.1. A compensação punitiva e o princípio da culpabilidade; 1.2. A compensação punitiva e o princípio do ne bis in idem. 1.3. A compensação punitiva e o princípio da proporcionalidade sancionatória. 2. A possibilidade de ampliação do regime de compensação punitiva por meio da analogia com o instituto da detração. 3. O debate sobre as compensações punitivas na ADPF 347. Conclusão. Referências.

RESUMO: No Brasil, há um subdesenvolvimento teórico da categoria da compensação punitiva, que pretende o reconhecimento de que violações de direitos fundamentais dos presos devem produzir efeitos compensatórios na pena a ser cumprida. À luz do nosso sistema constitucional e de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o artigo defende que o STF deve, no julgamento do mérito da ADPF 347, afirmar o direito à compensação punitiva pela violação dos direitos dos presos decorrentes da superlotação carcerária. Essa solução contribuirá, a um só tempo, para reparar, de maneira rápida e eficaz, a violação de direitos dos presos e reduzir o elevado grau de superlotação carcerária que caracteriza o sistema prisional brasileiro há décadas.

PALAVRAS-CHAVE: Compensações punitivas; Direitos fundamentais; Presos; superlotação carcerária; STF; estado de coisas inconstitucional; presídios.

ABSTRACT: In Brazil, there is an underdevelopment of the theoretical category of punitive compensation, which seeks the recognition that violations of fundamental rights of prisoners should produce compensatory effects on the sentence to be served. In light of our constitutional system and decisions from the Inter-American Court of Human Rights, the article argues that the Brazilian Federal Supreme Court (STF) should, in the judgment of the merits of Claim of Non-Compliance with a Fundamental Precept (ADPF) 347, affirm the right to punitive compensation for the violation of prisoners' rights resulting from prison overcrowding. This solution will, at the same time, quickly and effectively repair the violation of prisoners' rights and reduce the high degree of prison overcrowding that has characterized the Brazilian prison system for decades.

KEYWORDS: Punitive compensations; Fundamental rights; Prisoners; Prison overcrowding; Federal Supreme Court of Brazil; Unconstitutional state of affairs; Prisons.

INTRODUÇÃO

Violações de direitos fundamentais dos presos devem produzir efeitos compensatórios na pena a ser cumprida: essa é a lógica que explica a categoria das compensações punitivas. O tema tem ganhado crescente atenção da doutrina e da jurisprudência nacionais (ROIG, 2017; TAVARES, 2015; SOUSA FILHO, 2019; LIMA, 2022).

O primeiro ensaio de reconhecimento jurisprudencial de que violações de direitos também constituem penas e devem gerar consequências jurídicas ocorreu em maio de 2015, quando o Supremo Tribunal Federal discutia o direito de presos à indenização por danos morais diante do encarceramento em condições indignas. No julgamento do RE 580.252, o Ministro Luís Roberto Barroso apresentou voto-vista no qual defendeu a adoção de um mecanismo alternativo de reparação de danos pela violação de direitos fundamentais dos presos: a remição de parte do tempo de execução (BRASIL, STF, 2015a). Contudo, a posição não angariou maioria diante de objeções de que a proposta encontra óbice no princípio da legalidade penal.

Logo após, o debate sobre o tema das compensações punitivas foi inserido na agenda da STF com o ajuizamento da ADPF 347, que pedia, entre outros, que se reconhecesse que as violações de direitos fundamentais sofridas sistematicamente pelos presos brasileiros deveriam resultar em compensações quantitativas e qualitativas na pena. A pretensão deduzida na ação foi, porém, rejeitada no julgamento do pedido de medida cautelar, em 2016. Embora a Corte tenha declarado, de maneira inédita, a existência de um estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, entendeu que a ausência de previsão legal para esse tipo de compensação punitiva seria um óbice ao acolhimento da pretensão.

No julgamento da medida cautelar na ADPF 347, o Ministro Luís Roberto Barroso, embora tenha acompanhado o Relator, Ministro Marco Aurélio, no indeferimento dos pedidos relativos à compensação punitiva, reconheceu que “muitas vezes o condenado cumpre pena em condições mais gravosas do que seria tolerável” (BRASIL, STF, 2015b). Por isso, afirmou que “havendo pedido de reparação que, a meu ver, deve ser feito perante o Juízo da execução penal, acho, sim, que, a título de reparação, o juiz pode eventualmente reduzir a pena” (BRASIL, STF, 2015b).

Depois dessa primeira rodada de debates em torno do tema nos anos de 2015 (no RE 580.252) e 2016 (na ADPF 347-MC), o direito à compensação punitiva decorrente da violação de direitos fundamentais no cárcere recebeu importante impulso da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) em 2018, quando decidiu pela contagem em dobro de todo o período de pena cumprido em situação degradante por interno do se Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho – IPPSC, no Complexo Penitenciário de Bangu, na

Zona Oeste do Rio de Janeiro (COSTA RICA, Corte IDH, 2018). Mais recentemente, em 2021, no AgR no RHC 136.961, a 5ª Turma do STJ, sob a relatoria do Ministro Reynaldo Fonseca, reconheceu a obrigatoriedade da aplicação pelos juízes nacionais da decisão da Corte IDH (BRASIL, STJ, 2021).

Esses avanços na jurisprudência sobre o tema ampliaram significativamente o espaço para a afirmação, no Brasil, de um regime jurídico de compensações punitivas no campo penal. Caberá ao STF decidir, no julgamento do mérito da ADPF 347, se as violações de direitos fundamentais dos presos devem produzir compensações punitivas, bem como, em caso positivo, o modo como essas compensações devem operar na ordem jurídica brasileira. O tema possui, portanto, enorme relevância para a pretendida superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

Este artigo se organiza em três partes. Na primeira, são expostos os fundamentos constitucionais da noção de compensações punitivas. A segunda parte defende a ampliação do regime de compensação punitiva no país por meio de uma analogia com o instituto da detração. Por fim, a terceira parte analisa criticamente o debate sobre as compensações punitivas na ADPF 347 e explora as potencialidades desse julgamento.

1. OS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA COMPENSAÇÃO PUNITIVA

No Brasil, o sistema de compensação punitiva por restrições (legítimas e ilegítimas) de direitos fundamentais sofridas pelo indivíduo seja no curso da investigação e do processo seja na fase de execução da pena é bastante incipiente. Os problemas vão desde a falta de regra explícita que permita a compensação, na pena final, das restrições impostas ao réu como medidas cautelares até a completa ausência de parâmetros para compensação de restrições de direitos resultantes da violação da lei pelo Estado. O subdesenvolvimento teórico da categoria da compensação punitiva em nosso país tem dificultado o reconhecimento de que o caráter aflitivo da pena pode ser exercido concretamente por meio de outras medidas restritivas de direitos fundamentais ou até mesmo pela violação de direitos do apenado.

À luz do nosso sistema constitucional, é preciso, porém, reconhecer que a noção de pena justa exige que o juiz considere todas as violações de direitos sofridas pelo indivíduo como resposta ao cometimento do delito. Com efeito, a categoria da compensação punitiva conduz à necessidade de que tais violações dos direitos fundamentais do autor do delito produzam consequências tanto no momento da fixação da pena na sentença condenatória como na fase executória, com a possibilidade de eventual redimensionamento da pena (LIMA, 2022, p. 138).

Uma boa oportunidade para inaugurar o acolhimento dessa categoria no STF é o julgamento de mérito da ADPF 347. Do universo de situações que podem revelar conteúdo punitivo – e que, portanto, devem impactar o processo de individualização da pena –, tal ação centra esforços naquelas que resultam da violação de direitos fundamentais imputadas diretamente ao Estado na fase da execução da pena. Nesse contexto, não há maiores dificuldades teóricas em reconhecer a necessidade de compensação na pena a ser cumprida das restrições ilegítimas de direitos fundamentais impostas pelo próprio Estado. A elevada carga punitiva presente na submissão do apenado a condições ilegais de execução da pena é associada ao fato de que é o aparato estatal que responde diretamente por tais ilegalidades.

A execução da sanção penal implica uma forte afetação dos direitos fundamentais dos condenados, já que a pena imposta gera a restrição ou a suspensão de direitos, como a liberdade física e a livre locomoção e os direitos à intimidade pessoal e familiar, à liberdade de expressão, ao trabalho e à educação. Contudo, o cumprimento da pena de prisão deixa intactos outros direitos que devem ser respeitados e garantidos pelas autoridades públicas. São os chamados direitos intocáveis ou intangíveis da pessoa privada da liberdade, que encontram seu fundamento na dignidade da pessoa humana e não podem ser limitados ou suspensos, dos quais são exemplos os direitos à vida, à integridade pessoal, à dignidade, à igualdade, à saúde e ao devido processo legal (COLOMBIA, 2016a).

Nesse sentido, as únicas restrições de direitos fundamentais autorizadas pela Constituição são aquelas que decorrem direta ou indiretamente da especial sujeição do apenado decorrente do cerceamento da sua liberdade de locomoção. Os direitos passíveis de restrição em função do cumprimento da pena – que resultam da necessidade de o Estado garantir as condições de cumprimento da pena em estabelecimentos prisionais – só devem ser limitados na exata medida do necessário para a realização das finalidades legais, e.g., para a garantia da segurança dos detentos, dos visitantes e dos agentes estatais. Para além disso, todos aqueles direitos que podem ser reconduzidos à dignidade humana devem ser garantidos em sua integralidade. As violações a esses direitos não poderiam ser admitidas em nenhuma situação.

É inaceitável que o Estado brasileiro institucionalize a permissão para que a pena de prisão possa cumprida em condições indignas. Uma vez verificadas tais violações, no mínimo, é preciso que sejam obrigatoriamente consideradas como equivalentes funcionais da pena, de modo a darem ensejo ao direito à compensação punitiva. Os primeiros precedentes do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo o direito à detração dos períodos de prisão domiciliar, nos HCs 3109 (BRASIL, STJ, 1996), 11.225 (BRASIL, STJ, 2000) e 459.377 (BRASIL, STJ, 2018) e de recolhimento noturno, no

HC 380.369 (BRASIL, STJ, 2017), indicam um caminho a ser trilhado pelo STF nessa matéria. Essas decisões revelam que os Tribunais brasileiros estão dispostos a recepcionar a ideia de compensação punitiva. Esse movimento de virtuosa filtragem constitucional do instituto da detração penal – que teve início com o reconhecimento da carga punitiva contida em medidas cautelares alternativas à prisão – pode e deve culminar com a afirmação de um direito geral à compensação punitiva também pelas violações de direitos fundamentais dos presos no julgamento da ADPF 347.

Para chegar a esse resultado, é preciso construir um marco teórico mais amplo para a categoria da compensação punitiva a partir de fundamentos constitucionais específicos: os princípios da culpabilidade, da vedação à dupla punição pelo mesmo fato (*ne bis in idem*) e da proporcionalidade sancionatória. Tal tarefa pode se beneficiar do arcabouço argumentativo já construído para viabilizar a compensação das restrições (legítimas) de direitos fundamentais do investigado/acusado/apenado decorrentes da aplicação de medidas cautelares penais, estendendo-o para as situações de violações ilegítimas de direitos nas fases de investigação, processamento e execução (e.g., pelo encarceramento em condições sub-humanas). Essas premissas teóricas permitem também criar parâmetros para operacionalizar esse tipo de compensação na pena definitiva.

De fato, a lei prevê o instituto da detração como um mecanismo apto a limitar a sanção à exata medida da culpabilidade expressada pelo fato delituoso (DONINI, 2010, p. 604-605). Ao determinar a compensação do período de restrição à liberdade sofrida no curso do processo, a detração impede que a pena definitiva – resultado da soma da restrição à liberdade imposta à título cautelar com a pena aplicada na sentença condenatória – supere o grau da culpabilidade. Além de concretizar o princípio da culpabilidade, o reconhecimento do direito à compensação punitiva decorrente da violação de direitos fundamentais do preso tem fundamento nos princípios da vedação ao *bis in idem* (DOTTI, 2004) e da proporcionalidade sancionatória (LOPERA MESA, 2006). Esses princípios que fundamentam o instituto da detração – limitada, na lei vigente, à compensação apenas das restrições à liberdade de locomoção – são os mesmos que autorizam o reconhecimento desse efeito compensador das violações de direitos fundamentais dos presos.

1.1. A compensação punitiva e o princípio da culpabilidade

O limite máximo da pena, em sistemas jurídicos que protegem a dignidade humana, consiste na medida da culpa revelada pelo réu (ROXIN, 2003). A necessidade de vincular a pena a um juízo de reprovação é a única forma de evitar a instrumentalização do acusado. O caráter preventivo da pena não pode fazer com que ela ultrapasse o limite da culpabilidade

do agente³. O espaço de liberdade de conformação judicial da pena deve ser tal que possibilite ao juiz aplicar uma pena conforme a culpabilidade do autor (DONINI, 2010, p. 85). Esse é um critério material que serve como parâmetro de legitimidade das restrições legislativas aplicáveis ao momento de individualização judicial da pena⁴. Se a concretização legislativa do princípio da individualização da pena impedir a imposição judicial de uma sanção penal correspondente à culpabilidade do autor, o legislador não terá alcançado o objetivo de harmonizar os momentos legislativo e judicial da individualização da pena (JESCHECK, 1993, p. 794). Isso porque, ao aplicar a lei, o juiz estaria descumprindo o postulado constitucional segundo o qual a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade expressada pelo fato delituoso (DONINI, 2010, p. 67-68).

Daí decorre a conclusão de que a conformação legislativa da pena – nela incluída não apenas os limites mínimo e máximo, mas o seu regime de cumprimento, a possibilidade de aplicação de penas restritivas de direito e o regime legal de detração – deve ser compatível com o princípio constitucional da culpabilidade (COLÓMBIA 2016b; CASABONA, 1999). Esse princípio impõe que a pena deve resultar da avaliação da gravidade do fato (resultante de lesão ou de perigo ao bem jurídico) e da sua relação com a culpabilidade (de conformidade com o grau de autonomia do sujeito). É nesse sentido que se afirma que a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade: o juiz não pode ser impedido pelo legislador de aplicar a sanção criminal compatível com o grau de culpabilidade. Mas a pena também deve ser útil: tanto a falta de aptidão para produzir efeitos preventivos quanto a existência de outras formas de imputação de retribuição ao réu podem funcionar como elementos para atenuar ou eximir a sanção. O grau de culpabilidade pelo fato constitui o limite da punição, não o seu conteúdo definitivo. A primeira referência deve ser o grau de culpa pelo fato, e, depois, o grau de utilidade da pena – a partir das funções por ela realizadas – pode determinar a sua diminuição, substituição por outras medidas sancionatórias, ou até seu completo afastamento (CASABONA, 1999, p. 37).

O juiz, ao fixar a pena, procura estabelecer uma relação de equivalência entre a sanção aplicada ao réu e o grau de culpabilidade revelado pelo autor em face do fato criminoso praticado (TAVARES, 2011). Esse é o vetor axiológico que deve orientar o sistema legal de balizamento da quantidade e da qualidade da pena. O regime de compensação entre as mais diversas punições recebidas em razão do mesmo fato garante que a pena efetivamente cumprida pelo

3 Não cabe imposição de pena alguma, se não concorre culpabilidade ao autor e de que a pena não pode exceder a medida da culpabilidade: a culpabilidade constitui o fundamento e o limite da pena (BRUNONI, 2008, p. 33).

4 A opção por esse critério-base para dosagem da pena foi feita de forma expressa pelo legislador alemão, como se colhe da Seção 46 do Código Penal alemão - StGB: “A culpabilidade do autor será fundamento da dosimetria da pena. Deverão ser considerados os efeitos derivados da pena para a vida future do autor” (ALEMANHA, 1998).

condenado não ultrapasse a medida da culpabilidade (ESPANHA, 1999). Por isso, da interação entre os princípios da individualização da pena e da culpabilidade se extrai a exigência de que o legislador estabeleça um regime jurídico da detração capaz de oferecer ao juiz a possibilidade de considerar, na fixação da pena final, todas as medidas restritivas de direitos fundamentais impostas ao acusado.

Se a pena fixada na sentença em atenção à culpabilidade – i.e. em razão da gravidade do fato resultante de lesão ou de perigo ao bem jurídico e ao grau de autonomia do sujeito – for somada às restrições ilegítimas de direitos fundamentais sofridas no curso do processo ou da execução da pena, todas elas com evidente carga punitiva, a sanção total a que ele estará submetido superará o limite da culpabilidade pelo fato praticado. A compensação punitiva constitui, portanto, mecanismo para evitar que a superposição de medidas que apresentem carga punitiva resulte na ofensa ao princípio da culpabilidade. Em outras palavras, ao determinar a compensação na pena das diversas violações de direitos fundamentais sofridas pelo réu, o juiz impede que a pena definitiva (resultado da soma da pena aplicada na sentença condenatória com as restrições impostas ilicitamente pelo Estado) supere o grau da culpabilidade⁵.

1.2. A compensação punitiva e o princípio do *ne bis in idem*

O princípio do *ne bis in idem* informa o sistema sancionador estatal sob uma perspectiva dúplice: (i) sob o ponto de vista processual, proíbe a renovação de processos e julgamentos pelos mesmos fatos; e (ii) sob a ótica material, veda a dupla punição pelos mesmos fatos (CARPIO DE BRIZ, 2009). A feição substancial do *ne bis in idem* se fundamenta na interdição de acumulação de consequências sancionatórias pelos mesmos fatos (BRASIL, STJ, 2015). Sob essa perspectiva material, esse princípio constitucional impede que o mesmo sujeito seja sancionado em mais de uma ocasião com o mesmo fundamento e pelos mesmos fatos, pois a soma da pluralidade de sanções produziria uma reação punitiva desproporcional. Essa desproporcionalidade, além de constituir uma violação constitucional em si, afrontaria, ainda, a garantia da previsibilidade das sanções por parte dos cidadãos (ESPANHA, 2003a).

O *ne bis in idem* – nessa dúplice dimensão – tem sido reconhecido como princípio constitucional implícito nos mais diversos quadrantes

⁵ O Tribunal Supremo da Espanha tem afirmado que, tendo em conta que a pena constitui uma perda de direitos fundamentais, a doutrina mais moderna tem considerado que as lesões de direitos fundamentais que são consequência de um desenvolvimento irregular do processo devem ser abonadas na pena pois apresentam um efeito compensador de parte da culpabilidade pelo feito extinta por essa perda de direitos. Esse mesmo Tribunal Supremo reconheceu que esse efeito compensador decorre diretamente da ideia de Estado de direito, razão pela qual se devem computar na pena os males injustificados que o acusado tenha sofrido em razão de um processo penal irregular, pois é um imperativo de justiça que o autor não receba pelo delito uma perda de direitos maior que àquela equivalente à gravidade da sua culpabilidade (ESPANHA, 1999).

(MUÑOS CLARES, 2006, p. 34; CRUZ, 2008, p. 17). É particularmente relevante, no Direito Comparado, a jurisprudência do Tribunal Constitucional da Espanha, que tem afirmado que a garantia de não se submeter à dupla punição configura direito fundamental que, em seu aspecto material, impede que o mesmo fato seja sancionado em mais de uma ocasião com o mesmo fundamento (ESPANHA, 1985).

No Brasil, embora a garantia de não ser submetido ao *bis in idem* não seja prevista expressamente na Constituição de 1988, ela costuma ser extraída dos princípios constitucionais do Estado de Direito, da proporcionalidade e da legalidade (SABOYA, 2014). Mais recentemente, tem ganhado destaque outra finalidade da vedação à dupla punição: juízes e tribunais passaram a se valer do princípio para promover a redução da pena principal em razão de restrições a direitos fundamentais do acusado pela aplicação de medidas cautelares. Afinal, para fins de compensação punitiva, mais importante do que a análise da identidade de finalidades entre as medidas restritivas é o reconhecimento de que tanto a pena quanto as medidas cautelares produzem restrições à liberdade e outros direitos fundamentais.

Esse mesmo raciocínio levou o Tribunal constitucional espanhol a ampliar o conteúdo do princípio da vedação à dupla punição. Em primeiro lugar, a Corte espanhola afirmou que o núcleo essencial da garantia do *ne bis in idem* reside em impedir o excesso punitivo, tendo em vista que tal excesso constituiria uma sanção não legalmente prevista (ESPANHA, 2003a). Ampliando o âmbito de proteção dessa garantia, o mesmo Tribunal passou admitir a possibilidade de verificar a sua violação pela submissão do indivíduo a processos sancionadores de naturezas diferentes. Nesse contexto, construiu o argumento de que apenas não há uma reiteração punitiva constitucionalmente proibida na imposição de sanção dupla nos casos de identidade de sujeito, fato e fundamento, quando a decisão sancionatória subsequente desconta todos os efeitos negativos vinculados à resolução sancionatória anterior (ESPANHA, 2003a). Para o Tribunal Constitucional espanhol, a partir da dimensão material estrita, somente quando há esse desconto pode-se considerar que a sanção aplicada não foi desproporcional, afastando-se o excesso punitivo (ESPANHA, 2003a). Em caso posterior, o Tribunal entendeu que não haveria violação ao *ne bis in idem* se, apesar de cominação anterior de sanção administrativa ao acusado, o juiz descontasse certo tempo de privação de liberdade aplicada na ação penal em razão da imposição anterior de sanção administrativa (ESPANHA, 2005). Como se vê, o Tribunal Constitucional espanhol se baseou na ideia de que as medidas sancionatórias anteriormente cominadas ao indivíduo, por sua equivalente natureza e magnitude, podem ser equiparadas à sanção a ser aplicada posteriormente.

Essas inovações produzidas pela jurisdição constitucional espanhola culminaram no reconhecimento de que, para impedir o *bis in idem*, não se pode compreender a sanção apenas como pena aplicada em sentido autônomo e individualizado, devendo englobar todas as consequências substanciais de natureza repressiva ou restritiva de direitos em decorrência de um ilícito. Nessa linha, o Tribunal Constitucional da Espanha afirmou que toda medida aplicada como consequência de um ilícito que tenha carga repressiva e que promova a restrição de direitos deve ser entendida como pena em sentido material (ESPANHA, 2003b). Com base nessa visão atualizada do sentido de pena, entendida como o conjunto de restrições a direitos fundamentais impostas pelo Estado como reação à prática do delito, torna-se ainda mais evidente a necessidade de considerar que as violações de direitos fundamentais dos presos constituem verdadeiras sanções, devendo ensejar uma compensação punitiva.

1.3. A compensação punitiva e o princípio da proporcionalidade sancionatória

O princípio da proporcionalidade é usualmente utilizado com o sentido de juízo de proporcionalidade, na versão desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, com estrutura definida e elementos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) com significado próprio e ordem de aplicação pré-definida (SILVA, 2002). No campo penal, a noção de proporcionalidade é também referida com o sentido menos difundido, de limitação das sanções criminais a partir de critérios vinculados à culpabilidade, à intensidade da lesão ou perigo causado ao bem jurídico e à relevância axiológica do bem jurídico no sistema constitucional.

De acordo com Massimo Donini, é necessário distinguir o princípio da proporcionalidade no direito penal (voltado à verificação da legitimidade constitucional das restrições a direitos fundamentais impostas pela lei penal) do princípio (mais restrito) da proporcionalidade sancionatória (DONINI, 2013, p. 12). Segundo o autor, a Carta dos direitos fundamentais da União Europeia consagrou essa diferença ao tratar, de um lado, do princípio da proporcionalidade como critério de legitimação da restrição de direitos fundamentais (art. 52, 1o), e, de outro, do princípio da proporcionalidade da pena criminal, que determina que a pena aplicada não deve ser desproporcional em relação ao delito (art. 49). (DONINI, 2013).

A utilização do princípio da proporcionalidade como meio para limitação da intensidade das penas decorre da ideia central do direito penal moderno segundo a qual deve haver uma correspondência entre a gravidade da sanção penal e a conduta castigada. Essa noção de proporcionalidade das penas é baseada na profunda ligação que o direito penal, fruto do pensamento iluminista, engendrou entre a gravidade da pena e a relevância do bem jurídico afetado e

o grau de sua afetação. A utilização da proporcionalidade como mecanismo de parametrização da gravidade das penas fez com que parte da doutrina e da jurisprudência estrangeiras passasse a utilizar o princípio da proporcionalidade como substituto funcional do princípio da culpabilidade (ALVAREZ, 2001). Para aqueles que consideram a proporcionalidade das penas como princípio autônomo, independente dos princípios da culpabilidade e do *ne bis in idem*, o importante é reafirmar a proibição de cominação de penas desnecessárias, excessivas ou injustificadas⁶. O princípio da proporcionalidade sancionatória exerce, portanto, uma função subsidiária de proteção do indivíduo contra o arbítrio estatal na cominação de penas criminais.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o regime de compensação punitiva decorrente da violação de direitos fundamentais de presos constitui elemento fundamental para coibir o comportamento arbitrário do juiz na aplicação da resposta penal do Estado. A desconsideração de tais violações resulta na elevação injustificada do total da carga sancionatória a eles aplicada. Ao ignorar as ofensas a direitos fundamentais dos presos, não é possível manter a “necessária relação de proporcionalidade e de equilíbrio entre a pretensão estatal da máxima punição e o interesse individual de mínima expiação, tudo em ordem a inibir soluções arbitrárias ditadas pela só e exclusiva vontade do juiz” (BRASIL, STF, 2014).

Esse raciocínio não é estranho à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Alguns precedentes do STF têm empregado a proporcionalidade sancionatória de modo a contemplar não apenas a noção de vedação à arbitrariedade estatal, mas também a exigência de que a fundamentação utilizada para dosar a pena mantenha o indispensável vínculo de pertinência com os dados da realidade que conferem expressão concreta aos parâmetros legais de dosimetria (BRASIL, STF, 2013; BRASIL, STF, 2014). E é precisamente com esse sentido – de proibição da arbitrariedade e de exigência de justificação das penas – que o princípio da proporcionalidade da sanção penal pode funcionar como fundamento constitucional para o reconhecimento do direito à compensação punitiva decorrente da sistemática violação de direitos fundamentais dos presos brasileiros.

2. A POSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DO REGIME DE COMPENSAÇÃO PUNITIVA POR MEIO DA ANALOGIA COM O INSTITUTO DA DETRAÇÃO

A ausência de previsão legal para a compensação integral e obrigatória das violações de direito sofridas pelo preso constitui “estado indesejável de

⁶ O princípio da proporcionalidade informa todo o ordenamento jurídico constitucional no sentido de estabelecer uma cultura de justificação do poder público. (BARAK, 2012, p. 458)

vácuo normativo”⁷. De fato, a omissão do legislador em instituir um regime legal de detração dessas restrições – especialmente das violações atípicas aos mais diversos direitos fundamentais no curso do processo e da execução da pena – criou uma situação jurídica de patente violação aos postulados constitucionais da culpabilidade, do *ne bis in idem* e da proporcionalidade sancionatória, deixando de lhes conferir proteção suficiente (RODRIGUES, 2016, p. 324; SOUSA FILHO, 2016, p. 31). Essa lacuna normativa, por importar em violação objetiva a direitos fundamentais dos condenados, pode ser enquadrada como verdadeira omissão inconstitucional.

Nesse contexto, tem-se reconhecido a analogia como a técnica mais adequada para que o Poder Judiciário supere esse quadro de omissão legislativa, permitindo a adaptação do antigo e defasado regime legal da detração penal em que se compensa apenas o período de prisão preventiva⁸. O próprio legislador determina que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (BRASIL, LINDB, art. 4º). Não há dúvida de que a analogia é amplamente admitida no direito penal nos casos em que é empregada para suprir lacunas legislativas em benefício do réu (DOS SANTOS, 2018, p. 21). Como afirmou Nelson Hungria, o princípio da legalidade funciona como proteção do indivíduo contra a expansão do poder punitivo estatal e, por isso, “somente diz com incriminações e cominação de penas”, de modo que o direito penal admite o emprego da analogia em favor do réu para viabilizar, por exemplo, “a exclusão de crime ou culpabilidade, isenção ou atenuação de pena e extinção de punibilidade” (HUNGRIA, 1949, p. 75-77).

No direito comparado, Portugal fornece exemplo ilustrativo do emprego da analogia para ampliar o escopo da detração em benefício ao réu. O art. 80 do Código Penal português prevê a possibilidade de cômputo, no cumprimento da pena de prisão, do tempo de detenção, prisão preventiva e obrigação de permanência na habitação sofridos no curso do processo. Para além disso, os Tribunais portugueses, na análise dos casos concretos, têm ampliado o escopo desse dispositivo para outras hipóteses nele não previstas, mediante a aplicação da analogia em favor do réu, com o intuito de evitar a ocorrência de *bis in idem*. Nesse sentido, a título exemplificativo, a jurisprudência majoritária daquele país tem promovido o desconto do tempo de suspensão da carteira de habilitação na pena acessória de proibição de conduzir veículo, a despeito da ausência de previsão legal que autorize a operação (PORTUGAL, 2013; PORTUGAL, 2014). Conforme consta de acórdão do Tribunal da Relação do Porto que autorizaram esse tipo de detração penal, “[d]efrontamo-nos, isso sim, com a falta de solução legal

7 A expressão foi utilizada pelo STF no julgamento da Reclamação 8.643 (BRASIL, 2010).

8 O Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto proferido no RE 580.252, resenhou as hipóteses mais comuns de reconhecimento do direito à remição por analogia sem correspondência na lei penal (BRASIL, STF, 2015a).

para um espaço da realidade e da vida carecido de regulação e solução jurídica e não se antolha qualquer obstáculo a que se integre uma tal lacuna por aplicação analógica das citadas normas do Código Penal [arts. 80 e 82]” (PORTUGAL, 2017).

A propósito do tema, o Professor Jorge Figueiredo Dias observa que, pela lei portuguesa, “o instituto do desconto só funciona relativamente a privações da liberdade processuais, a penas de prisão e (ou) a penas de multa, já não relativamente a outras penas de substituição e a medidas de segurança”. No entanto, o autor adverte que “[u]ma tal restrição não parece, porém, ao menos em todos os casos pensáveis, político-criminalmente justificável”, de modo que “[m]elhor será, por isso, considerar que se está perante uma lacuna, que o juiz pode integrar – tratando-se, como se trata, de uma solução favorável ao delinquente, sempre que possa encontrar um critério de desconto adequado ao sistema legal e dotado de suficiente determinação” (FIGUEIREDO DIAS, 1993, p. 300). Esse mesmo raciocínio analógico pode ser empregado para embasar, em primeiro lugar, a detração penal de qualquer medida cautelar processual diversa da prisão e, em segundo lugar e com maior razão, a detração de qualquer violação de direitos fundamentais no âmbito da execução da pena.

No Brasil, o debate sobre a possibilidade do recurso à analogia para ampliar o âmbito de incidência da detração se deu a propósito da compensação das medidas cautelares alternativas à prisão preventiva na pena definitiva. Nesse campo, há relevante corrente doutrinária que defende que a “ausência de menção à detração para cautelares distintas da prisão no ordenamento não impede sua aplicação pelo juiz, que, por analogia, pode beneficiar o réu com uma interpretação ampla da abrangência do instituto para além da prisão” (BOTTINI, 2011, p. 13).

Também a jurisprudência já tem aplicado esse entendimento, assumindo protagonismo no emprego da interpretação extensiva e da analogia em favor do réu no campo da detração penal. São várias as hipóteses em que o Poder Judiciário tem conferido maior amplitude ao art. 42 do Código Penal. Por meio da técnica de interpretação extensiva, tais decisões têm ampliado o sentido do vocábulo prisão provisória para alcançar também a prisão domiciliar substitutiva da prisão preventiva (v., por todas, BRASIL, STJ, 2018).

Há, ainda, inúmeras outras situações em que a jurisprudência, pelo emprego da analogia, reconhece o direito à detração em hipóteses não previstas em lei. Esse é o caso da detração na pena de multa, em que se tem afirmado que se aplica, “por analogia, no desconto da pena de multa o tempo de prisão provisória. Assim, quem foi preso preventivamente para, ao final, ser condenado apenas à pena pecuniária não terá nada a cumprir” (SÃO PAULO, 2010). De igual modo, a detração tem sido aplicada por analogia para compensar o tempo de prisão provisória com

penas restritivas de direitos, nos seguintes termos: “é cabível a detração do tempo de prisão provisória para reduzir o tempo de cumprimento da pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade” (RIO GRANDE DO SUL, 2011). O mesmo raciocínio tem sido aplicado à detração entre processos distintos (detração cruzada) (BRASIL, STF, 2012) e à detração da medida cautelar de recolhimento noturno e em finais de semana e feriados (BRASIL, STJ, 2017). A respeito desta última hipótese, o Superior Tribunal de Justiça afirmou que, embora inexista “previsão legal para o cômputo do período de cumprimento de medidas cautelares alternativas à prisão (art. 319, CPP) para fins de detração da pena”, “o período de recolhimento noturno, por comprometer o status libertatis do acusado, deve ser reconhecido como período detraído, em homenagem ao princípio da proporcionalidade e em apreço ao princípio do non bis in idem” (BRASIL, STJ, 2017).

A mesma técnica empregada para ampliar o escopo da detração penal para os casos de imposição de medidas cautelares alternativas à prisão serve também ao reconhecimento do direito à compensação punitiva por violação de direitos fundamentais dos presos.

3. O DEBATE SOBRE AS COMPENSAÇÕES PUNITIVAS NA ADPF 347

Parte importante da petição inicial da ADPF 347, protocolada em 2015, se baseia na noção de que a pena cumprida em condições mais severas do que as determinadas pela lei apresenta um conteúdo punitivo mais intenso, que deve ser levado em consideração pelos juízes para fins de readequação (redução ou extinção) da pena aplicada pela sentença. A premissa fundamental utilizada nessa ação é de que a gravidade da punição aplicada deve ser avaliada de acordo com o contexto concreto da sua aplicação, o que impõe reconhecer que a violação (ilegítima) de direitos do apenado no curso da execução equivale materialmente à pena criminal, devendo ser considerada como punição para fins de determinação final da pena a ser cumprida.

Dos oito pedidos principais deduzidos na ADPF, cinco deles constituem manifestações do reconhecimento de que determinadas práticas estatais violadoras dos direitos do apenado possuem dimensão aflitiva equivalente à da pena. O principal deles requer que o STF:

Reconheça que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abater tempo de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela

sentença condenatória, de forma a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção⁹.

Contudo, por ocasião do julgamento do pedido de medidas cautelares na ação, em 2015, o Plenário do Supremo Tribunal Federal indeferiu todos os pedidos que pretendiam ampliar o escopo da detração para nela incluir uma cláusula geral de compensação punitiva em decorrência das violações aos direitos dos presos (BRASIL, STF, 2015b). É verdade que o relator da ADPF, o Ministro Marco Aurélio, propôs que o Tribunal reconhecesse que o cumprimento sistemático das penas aplicadas em condições “muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, de modo que “a preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe que os juízes brasileiros apliquem, sempre que for viável, penas alternativas à prisão” (BRASIL, STF, 2015b). Além disso, o Ministro Marco Aurélio deferia em seu voto duas medidas cautelares que funcionavam como uma admissão geral dos equivalentes funcionais da pena (BRASIL, STF, 2015b):

c) Determine aos juízes e tribunais brasileiros que passem a considerar fundamentadamente o dramático quadro *fático* do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal

d) Reconheça que como a pena é sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pela ordem jurídica, a preservação, na medida do possível, da proporcionalidade e humanidade da sanção impõe que os juízes brasileiros apliquem, sempre que for viável, penas alternativas à prisão.

Nada obstante isso, a maioria do Tribunal deixou de afirmar que o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional deveria ser considerado pelos juízes na fixação da pena e no exame dos pedidos de concessão de benefícios da execução penal. Embora o Relator tenha acatado pedidos mais gerais, ele indeferiu os pedidos que dariam maior concretude e operacionalidade ao regime de compensação punitiva:

O requerente formula dois últimos pedidos da espécie, envolvendo o tempo de prisão: o abrandamento dos requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, uma vez constatadas as condições desumanas do sistema carcerário, e o abatimento do tempo de prisão pelo mesmo motivo. Tenho-os como insubsistentes.

⁹ Disponível em: <<http://www.jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

Em relação aos benefícios e direitos dos presos, há disciplina legal que não pode ser flexibilizada em abstrato. A contagem de tempo para a fruição desses direitos há de ser feita caso a caso, observando-se os parâmetros legais. Quanto ao pedido de compensação do tempo de custódia definitiva, falta previsão legal para tanto. (BRASIL, STF, 2015b)

A recusa do Tribunal em admitir que as graves violações aos direitos dos presos brasileiros deveriam refletir no redimensionamento da pena se baseou em diversos fundamentos. O Ministro Edson Fachin se limitou a afirmar que deixava de conceder a medida cautelar em relação aos pedidos que pretendiam o reconhecimento da compensação punitiva, uma vez que eles seriam oportunamente analisados no momento do julgamento do mérito da ADPF 347. Já o Ministro Luís Roberto Barroso, embora tenha indicado concordar com as premissas gerais de que a pena cumprida em condições degradantes deveria gerar um direito à compensação punitiva, também indeferiu os pedidos cautelares que buscavam o reconhecimento desse direito por meio de uma decisão com efeito vinculante do STF:

A medida cautelar referida na letra “c” pede que se determine aos juízes que considerem o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro, no momento da concessão de cautelares penais, no momento da aplicação da pena, e durante o processo de execução penal. Também aqui, Presidente, eu interpreto este pedido cautelar da letra “c” como uma boa e necessária recomendação aos órgãos do Poder Judiciário. É preciso levar em conta que o sistema está sobrecarregado, que o Sistema não ressocializa, que o sistema embrutece. Porém, acho que já decorre do sistema jurídico esse dever dos juízes, e também não veria razão para verter essa determinação em uma ordem cautelar. É certo que, muitas vezes, os juízes não levam isso em conta, pois estou aqui reafirmando que devem levar isso em conta, mas não sob a forma de medida cautelar vinculante, ensejadora de reclamações.

Em relação à letra «d», os juízes devem aplicar, sempre que viável, penas alternativas à prisão. Penso que há uma certa semelhança com a letra “a” e, pelas mesmas razões, eu não estou deferindo essa cautelar. Reitero, todavia, que estou de acordo com a proposição que nela se contém de que, muitas vezes, o condenado cumpre pena em condições mais gravosas do que seria tolerável.

Para reparar isso, numa ação de reparação de dano, da Relatoria do eminente Ministro Teori Zavascki, eu propus que o modelo de indenização fosse um modelo que se materializasse em diminuição da pena, em remição de pena, em vez do pagamento de valores pecuniários.

A Ministra Rosa Weber pediu vista para estudar mais adequadamente essa complexa questão. Desse modo, em relação à letra «d» e também às letras “e” e “f”, penso que o eventual abatimento de tempo só poderia se dar a título de remição de pena, como observou o Ministro Marco Aurélio. Quer dizer, o Juiz não pode, como regra geral, fugir das regras de progressão de regime e de fixação de pena que constam da legislação. Porém, eu repito, havendo pedido de reparação que, a meu ver, deve ser feito perante o Juízo da execução penal, acho, sim, que, a título de reparação, o juiz pode eventualmente reduzir a pena. (BRASIL, STF, 2015b)

O voto do Ministro Luís Roberto Barroso, nesse ponto, apresenta alguns aspectos interessantes. Em primeiro lugar, percebe-se uma cautela do Ministro em relação ao deferimento dessas medidas cautelares por uma razão de ordem pragmática: o descumprimento dessas determinações por juízes e Tribunais ensejaria o cabimento de reclamação constitucional e isso poderia tornar o STF um órgão de revisão geral de todas as decisões criminais do país. Essa preocupação não é irrelevante. De fato, uma decisão judicial proferida pelo STF no âmbito de controle concentrado de constitucionalidade que determinasse que todos os juízes criminais brasileiros considerassem o estado de coisas inconstitucional no momento da determinação da pena e dos benefícios da execução penal – afirmando uma cláusula geral de compensabilidade da violação de direitos no tempo e no modo de cumprimento da pena – poderia incitar o abuso na utilização da reclamação constitucional como mecanismo de revisão de toda e qualquer sentença condenatória ou decisão no âmbito da execução da pena.

Contudo, essa preocupação legítima de ordem pragmática pode ser contornada por outros meios que não impeçam o avanço da jurisprudência no sentido da incorporação definitiva da noção de equivalentes funcionais da pena e da afirmação do direito à compensação na pena das restrições de direitos fundamentais sofridas pelos indivíduos como resposta ao cometimento do delito. Tal direito à compensação fica ainda mais evidente na medida em que essas restrições sejam ilegítimas e praticadas diretamente pelo Estado, como as que resultam da violação de direitos na execução da pena em razão do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional.

É, portanto, necessário garantir que o STF avance no sentido do reconhecimento de um direito à compensação punitiva decorrente da violação de direitos fundamentais praticados pelo Estado sem criar, com isso, um sistema de ampla revisão das decisões criminais pelo STF pela via da reclamação. Por exemplo, a Corte poderia definir o não cabimento de reclamação contra decisões judiciais que, interpretando a decisão proferida pelo STF no âmbito

da ADPF, indeferissem a compensação punitiva, seja por entender que não havia, no caso concreto, violação a direito fundamental do preso, seja para questionar o modo pelo qual o juiz procedeu à compensação punitiva em cada caso concreto. Somente se admitiria reclamação na hipótese excepcional de a decisão questionada entender que, mesmo diante da comprovada violação aos direitos do preso, não seria cabível qualquer tipo de redimensionamento (qualitativo ou quantitativo) da pena. Nessa situação de relutância explícita em seguir a orientação jurisprudencial do STF, se poderia cogitar do cabimento da reclamação para cassar o ato judicial e determinar reexame da matéria à luz do precedente (que eventualmente venha a ser firmado).

A expressa limitação do cabimento da reclamação em certas circunstâncias, especialmente quando a decisão dotada de efeito vinculante tiver potencial para atingir um número muito expressivo de casos, já foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Com efeito, em caso de concessão de habeas corpus coletivo em favor de mães e gestantes presas, a 2ª Turma ressaltou que o descumprimento daquele julgado deveria ser objeto de recursos, e não de reclamação constitucional (BRASIL, STF, 2018). De fato, a técnica da modulação dos efeitos da decisão proferida pelo STF não está limitada ao aspecto temporal. Pelo contrário, o Tribunal dispõe de ampla liberdade para conformar os aspectos processuais da sua própria atuação, que decorre dos poderes implícitos da Corte Constitucional (RODRÍGUEZ-PATRÓN, 2003, p. 127). Nesse sentido, o STF pode, com base nos seus poderes implícitos, afirmar expressamente que não admitirá a utilização da reclamação constitucional para questionar suposta afronta à decisão que acolha, no julgamento da ADPF 347, os pedidos voltados a concretizar o direito à compensação punitiva decorrente da violação de direitos fundamentais do apenado¹⁰.

Há, ainda, outro aspecto relevante no voto-vogal proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso que merece ser mais bem explorado, especialmente no julgamento do mérito da ADPF 347. É que o Ministro reconheceu que “muitas vezes o condenado cumpre pena em condições mais gravosas do que seria tolerável”, mas a redução de pena deve se dar a título de reparação, desde que haja um pedido de reparação (BRASIL, STF, 2015b).

A admissão dessa possibilidade de abatimento da pena em razão da violação de direitos na fase de execução constitui passo importante para a

10 São dois os pedidos que objetivam obter do STF o reconhecimento desse direito à compensação pela violação de direitos fundamentais: “e) Afirme que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos do preso, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena são significativamente mais severas do que as 70 previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, visando assim a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção (fruição de benefícios processuais); f) Reconheça que o juízo da execução penal tem o poder-dever de abater tempo de prisão da pena a ser cumprida, quando se evidenciar que as condições de efetivo cumprimento da pena foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica e impostas pela sentença condenatória, de forma a preservar, na medida do possível, a proporcionalidade e humanidade da sanção (abrandamento do tempo de prisão)” (BRASIL, STF, 2015b).

consolidação dessa orientação jurisprudencial. Entretanto, não parece ser necessário adotar um regime processual rígido baseado no ajuizamento de ação de reparação de danos para o que o juiz efetue as devidas compensações na punição em função do reconhecimento da presença de certos equivalentes funcionais da pena. O direito à tutela judicial substancial exige que para cada tipo de violação ao direito à liberdade haja uma tutela jurisdicional adequada, de modo que o acesso à justiça seja o mais amplo possível, especialmente quando se trata de uma clientela hipossuficiente como os presos brasileiros. Os pedidos de compensação punitiva devem ser recebidos sem maiores formalidades, como, aliás, a própria jurisprudência brasileira admite em relação ao habeas corpus (SOUSA FILHO, nov. 2017, p. 287-319). Não há razão para adotar requisitos processuais mais rigorosos para os pedidos de compensação da pena do que aqueles exigidos para o cabimento do habeas corpus.

Outro aspecto de grande relevância está na proposta formulada pelo Ministro Luís Roberto Barroso de admitir a compensação na pena decorrente da violação de direitos fundamentais dos presos. Essa proposta representou, no Brasil, a semente do desenvolvimento jurisprudencial da teoria dos equivalentes funcionais da pena e do reconhecimento do direito à compensação punitiva resultante da imposição de restrições ilegítimas aos direitos dos apenados. Depois de sintetizar com precisão os direitos fundamentais dos presos que são sistematicamente violados pelo Estado, o Ministro Luís Roberto Barroso afirmou que:

Diante dessa situação calamitosa, é evidente que, na esmagadora maioria dos casos, mandar uma pessoa para o sistema prisional é submetê-la a uma pena mais grave do que a que lhe foi efetivamente aplicada. Mais do que a privação de liberdade, impõe-se ao preso a perda da sua integridade, de aspectos essenciais de sua dignidade, assim como das perspectivas de reinserção na sociedade (BRASIL, STF, 2015b).

Embora a proposta apresentada pelo Ministro Luís Roberto Barroso tenha se baseado na aplicação analógica da remição – e não na aplicação analógica da detração, como se propõe neste artigo –, suas premissas sustentam adequadamente a ideia de que o cumprimento da pena em condições mais gravosas do que aquela estabelecida em lei revela um conteúdo punitivo autônomo que deve ser compreendido como pena em sentido amplo para fins de compensação punitiva:

Nessa linha, a solução que se propõe é a de que os danos morais causados aos presos em função da superlotação e de condições degradantes sejam reparados, preferencialmente, pelo mecanismo da remição de parte do tempo de execução da pena, em analogia ao art. 126 da Lei

de Execução Penal, que prevê que “[o] condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena”. Vale dizer: a cada “x” dias de cumprimento de pena em condições desumanas e degradantes, o detento terá direito à redução de 1 dia de sua pena. Como a “indenização mede-se pela extensão do dano”, a variável “x”, isto é, a razão entre dias cumpridos em condições adversas e dias remidos, será fixada pelo juiz, de forma individualizada, de acordo com os danos morais comprovadamente sofridos pelo detento. [...] O mecanismo de reparação de danos proposto, como se viu, é admitido no Direito Comparado, tendo sido adotado pela Itália e aprovado pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Ao analisar o mecanismo, a CEDH concluiu se tratar de “uma reparação adequada em caso de más condições materiais de detenção”, com “a vantagem inegável de contribuir para o problema da superlotação”.

109. No Brasil, muito embora a remição da pena como meio indenizatório ainda não tenha sido cogitada pelo Direito, ela é inteiramente reconduzível ao sistema normativo vigente, tanto em sua lógica estruturante, quanto em sua forma e modo de execução. É o que se passa a demonstrar.

110. Primeiro, sua lógica estruturante corresponde à ideia de que o tempo de pena cumprido em condições degradantes e desumanas deve ser valorado de forma diversa do tempo cumprido nas condições normais, previstas em lei. Parece nítido que a situação calamitosa dos cárceres brasileiros agrava a pena imposta ao preso e atinge de forma mais intensa a sua integridade física e moral. Nesse sentido, a redução do tempo de prisão nada mais é do que o restabelecimento da justa proporção entre delito e pena que havia sido quebrada por força do tratamento impróprio suportado pelo detento. [...]

112. Segundo, no que se refere à sua forma, a remição da pena nada mais é do que um dos diversos mecanismos possíveis de reparação específica ou in natura de lesões existenciais. O preso confinado em celas superlotadas, insalubres e sem mínimas condições de vida digna experimenta inevitavelmente uma diminuição mais acelerada de sua integridade física e moral e de sua saúde. O tempo de pena vivido pelo preso nessas condições é um tempo agravado, que não guarda proporção com a pena cominada abstratamente. Assim, ao abreviar a duração da pena, o remédio cumpre o papel de restituir ao detento o exato “bem da vida” lesionado. É que nas palavras de Ana Messuti, o tempo é o “verdadeiro significante da pena”. A redução do tempo da condenação representa, assim, um remédio específico: a liberdade antecipada conquistada por meio do desconto da pena faz cessar as

violações suportadas pelo preso no cárcere. O tempo de liberdade, fora das condições degradantes das prisões, torna-se, portanto, uma reparação muito mais efetiva que o dinheiro (BRASIL, STF, 2015a).

Nessa mesma oportunidade, o Ministro Luís Roberto Barroso rejeitou o argumento de que a ausência de previsão legal constituiria óbice ao reconhecimento do direito à compensação punitiva. Para isso, lembrou que “o direito processual penal tem admitido a remição da pena em hipóteses não contempladas na LEP, inclusive criadas por Tribunais” (BRASIL, STF, 2015a). Além disso, o aspecto central mais relevante dessa proposta está no reconhecimento do direito à redução da pena em razão de restrições ilegítimas de direitos fundamentais sofridas pelos presos e a adoção de critérios objetivos para tornar essa ideia operativa. A divergência quanto ao fundamento legal do argumento analógico que permitiria a compensação da pena – se a analogia seria estabelecida a partir do instituto da remição ou da detração – não parece produzir efeitos mais relevantes para a afirmação da tese jurídica na qual se baseia a ideia de equivalentes funcionais da pena e o regime de compensação punitiva por ela exigida.

A escolha da detração como instituto-base da argumentação desenvolvida no sentido da incorporação definitiva da noção de equivalentes funcionais da pena para a afirmação do direito à compensação na pena das restrições de direitos fundamentais sofridas pelos indivíduos como resposta ao cometimento do delito se baseia em duas razões principais. Primeiro, o instituto da detração parece ter maior proximidade com o problema enfrentado do que a remição. Esta tem por objetivo reduzir a pena com fundamento da ideia de compensação constitutiva ou positiva da culpabilidade, que se mostra presente naquelas hipóteses em que medidas ressocializadoras realizadas pelo apenado podem amenizar a utilidade da pena tal como definida pela sentença condenatória. Já a detração tem por objetivo compensar a restrição de direitos fundamentais sofridas no curso do processo, como consequência de compensação destrutiva da culpabilidade. A sua ratio está mais próxima àquela da compensação na pena de qualquer tipo de restrição de direito fundamental, independente do momento em que ocorra (no curso do processo ou na fase de execução da pena).

Segundo, os avanços já alcançados pela doutrina e jurisprudência no Brasil em relação ao tema da detração, inclusive com o uso da analogia, para ampliar seu alcance – como a detração resultante do cumprimento de medidas cautelares alternativas à prisão preventiva – constituem um forte capital argumentativo para o reconhecimento amplo do direito à compensação na pena das mais diversas restrições de direitos fundamentais, especialmente aquelas impostas pelo próprio Estado como resposta à prática delitiva.

A virtuosa proposta apresentada pelo Ministro Luís Roberto Barroso, embora não tenha sido acolhida pelo STF como modalidade preferencial de reparação por danos sofridos pelo preso, tem potencial para alterar a interpretação constitucional do instituto da detração, para nele fazer incluir a possibilidade de compensação das mais diversas formas de restrição de direitos fundamentais impostas aos investigados, réus e apenados, em qualquer fase da persecução criminal ou da execução da pena. O reconhecimento de que essas restrições possuem carga afiativa equiparável à da pena constitui passo essencial para a consolidação de uma cultura de respeito aos direitos fundamentais no campo penal, produzindo, ainda, enorme potencial para impactar positivamente o grave problema da superlotação carcerária no Brasil.

CONCLUSÃO

A lógica da compensação punitiva já inspirou julgados de diversas cortes constitucionais estrangeiras e, após o ajuizamento da ADPF 347, foi expressamente adotada em importante decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Trata-se da Resolução de 22 de novembro de 2018, em que a Corte IDH, a partir da situação de superlotação e grave deterioração das condições de privação de liberdade verificada no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho – IPPSC, no Complexo Penitenciário de Bangu, na Zona Oeste do Rio de Janeiro, decidiu (COSTA RICA, 2018):

91. Toda pena privativa de liberdade e qualquer privação de liberdade, ainda que a título preventivo ou cautelar, implica necessariamente uma cota de dor ou aflição inevitável. Não obstante isso, essa dor ou aflição se reduz basicamente às inevitáveis consequências da restrição de movimento da pessoa, à necessária convivência imposta por uma instituição integral e ao respeito aos regulamentos, indispensáveis para a conservação da ordem interna do estabelecimento. 92. Quando as condições do estabelecimento se deterioram até dar lugar a uma pena degradante como consequência da superpopulação e de seus efeitos antes mencionados, o conteúdo afitivo da pena ou da privação de liberdade preventiva aumenta numa medida que se torna ilícita ou antijurídica. [...] 121. Dado que está fora de qualquer dúvida que a degradação em curso decorre da superpopulação do IPPSC, cuja densidade é de 200%, ou seja, duas vezes sua capacidade, disso se deduziria que duplica também a inflicção antijurídica eivada de dor da pena que se está executando, o que imporia que o tempo de pena ou de medida preventiva ilícita realmente sofrida fosse computado à razão de dois dias de pena lícita por dia de efetiva privação de liberdade em condições degradantes.

Como se sabe, a relação entre as jurisdições do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos deve ser de diálogo e influência recíproca, em prol de proteção mais robusta da dignidade humana. Dessa maneira, a edição da Resolução da Corte IDH aponta para a necessidade de o STF rever a orientação adotada no julgamento cautelar da ADPF 347 e reconhecer o direito à compensação punitiva decorrente da violação de direitos fundamentais dos presos.

A solução empregada pela Corte IDH foi a de estabelecer o fator de compensação punitiva a partir do grau de superlotação da unidade prisional. Como no caso examinado o Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho – IPPSC, no Complexo Penitenciário de Bangu, contava com duas vezes mais presos que o número de vagas, o fator de compensação punitiva encontrado foi o de contagem de dois dias de pena para cada de prisão efetiva (COSTA RICA, 2018). Não há motivo algum para deixar de aplicar o critério estabelecido pela Corte IDH a todos os presos brasileiros. Ao contrário, ele oferece inúmeras vantagens. *Primeiro*, cria um critério objetivo que pode ser aplicado de maneira isonômica a todos os presos no país. Se o fator de compensação punitiva ficar a critério de cada juiz de execução, haverá, sem dúvida, enorme disparidade de tratamento entre os presos, com o risco adicional de aqueles com melhores condições financeiras obterem melhores condições de abatimento da pena. *Segundo*, prestigia a lógica segundo a qual a superlotação carcerária – que, por si só, gera a violação direta de direitos fundamentais como a integridade física e psíquica do apenado – produz outras tantas violações ligadas à falta de estrutura material necessária à garantia da dignidade dos presos, como a boa alimentação, o acesso a medicamentos, a salas de aula, etc.

Sem prejuízo da possibilidade de reconhecimento do direito a compensação punitiva decorrente de violações específicas a outros direitos fundamentais (*e.g.* violência física, sexual, privação de alimentação, de água, etc.) – que devem ser objeto de apreciação individualizada pelo juízo de execução –, cabe ao STF, no julgamento do mérito da ADPF 347, afirmar o direito à compensação punitiva pela violação dos direitos fundamentais dos presos decorrentes da superlotação carcerária. Em prestígio ao critério estabelecido pela Corte IDH, deve-se estabelecer o fator de compensação punitiva a partir do grau de superlotação da unidade prisional. Essa solução contribuirá, a um só tempo, para reparar, de maneira rápida e eficaz, a violação de direitos dos presos e reduzir o elevado grau de superlotação carcerária que caracteriza o sistema prisional brasileiro há décadas.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA, Código Penal (Strafgesetzbuch – StGB), publicado em 13/11/1998, Seção 46.

ALVAREZ GARCIA, Francisco Javier. Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español. Granada: Comare, 2001.

BARAK, Aharon. Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations, New York: Cambridge University Press, 2012.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Mais reflexões sobre a lei n. 12.403/11. Boletim IBCCRIM, ano 19, n. 223, jun. 2011, p. 12-13.

BRASIL, Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, com redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Habeas Corpus 3.109. Relator: Ministro Adhemar Maciel, Relator para acórdão: Ministro Vicente Leal. DJ: 24/06/1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). Habeas Corpus 11.225. Relator: Ministro Edson Vidigal. DJ: 02/05/2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). HC 320.626, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. em 09/06/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). Habeas Corpus 380.369/DF. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. DJe: 27/09/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). Habeas Corpus 459.377. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. DJe: 13/09/2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 136.961/RJ, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 21/06/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 8.643. Relator: Ministro Dias Toffoli. j. em 03/05/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus 110.576. Relator: Ministro Ayres Britto. DJe: 26/06/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas Corpus 111.844. Relator: Ministro Celso de Mello. DJe: 01/02/2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas Corpus 100.027. Relator: Ministro Celso de Mello. DJe: 30/10/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus 122.469. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, Relator para acórdão: Ministro Celso de Mello. DJe: 30/10/2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno), RE 580.252, Relator: Min. Teori Zavascki, Relator(a) p/ Acórdão: Gilmar Mendes, julgado em 16/02/2017, voto-vista do ministro Luís Roberto Barroso proferido em 06/05/2015. 2015a

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno), ADPF 347 MC, Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015. 2015b

BRASIL. Superior Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas Corpus 143.641. Relator: Ricardo Lewandowski. DJe: 09/10/2018.

BRUNONI, Nivaldo. Princípio de Culpabilidade: considerações. Curitiba: Juruá, 2008.

CASABONA, Carlos María Romeo (coord.). El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López. Granada: Comares, 1999.

CARPIO DE BRIZ, David. Europeización y reconstrucción del non bis idem. Efectos en España de la STEDH Serguei Zolotoukhine v. Rusia de 10 febrero 2009. Revista General de derecho penal, n. 14, 2010, p. 1-20. Disponível em: <<http://www.iustel.com>>. Acesso em: 28 nov. 2022.

COLÔMBIA, Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia C-238/16, julgado em 22/06/2016. 2016a.

COLÔMBIA, Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia C-181/16, julgado em 13/04/2016. 2016b.

COSTA RICA, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Resolución de 22 de noviembre de 2018. Medidas Provisórias a Respeito do Brasil. Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho.

CRUZ, Rogério Schiatti Machado. A proibição de dupla persecução penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DONINI, Massimo. El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad. Peru: ARA Editores, 2010.

DONINI, Massimo. Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei, *Rivista Trimestrale de Derecho Penal*, n. 4, p. 4-43, 2013. p. 12.

DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal: parte geral*. 8. ed. Tirant, 2018, p. 21-22.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal, Parte Geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ESPANHA, Tribunal Supremo (Sala Segunda – Penal), STS 934/1999, de 08/06/1999.

ESPANHA, Tribunal Constitucional. Sentencia 334/2005. Relator: Pablo Pérez Tremps, 20/12/2005.

ESPANHA, Tribunal Constitucional, Sentencia 2/2003. Relatora: María Emilia Casas Baamonde, 16/01/2003. 2003a.

ESPANHA, Tribunal Constitucional. Sentencia 48/2003. Relator: Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, 12/03/2003. 2003b.

ESPANHA, Tribunal Constitucional. Sentencia 159/1985. Relator: Francisco Rubio Llorente, 27/11/1985.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal Português – Parte II - As Consequências Jurídicas do Crime*. Lisboa: Coimbra Editora, 1993, p. 300.

HUNGRIA, Nélon. “Comentários ao Código Penal”, Vol. I, arts. 1 a 27, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1949, p. 75-77.

SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria e perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

LIMA, Thaís dos Santos. *Compensação punitiva: uma reinterpretação do princípio constitucional da individualização da pena para redução de danos*. Dissertação de Mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2022.

LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

MUÑOS CLARES, José. *Ne bis in idem y derecho penal: definición, patologíay contrarios*. Murcia: Editorial DM, 2006.

PORTUGAL, Tribunal da Relação de Évora. Recurso Penal 108/11.7PTSTB.
E1. Relator: Sénio Alves, 11/07/2013.

PORTUGAL, Tribunal da Relação de Guimarães. Recurso Penal 7/13.8PTBRG.
G1. Relator: António Condesso, 22/09//2014.

PORTUGAL, Tribunal da Relação do Porto. Recurso Penal 18/05.7GBVLG.PI.
Relatora: Maria Luísa Arantes, 29/03/2017.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça (3ª Câmara Criminal). Agravo de
Execução Penal nº 70038270575. Relator: Desembargador Odone Sanguiné, 10
de fevereiro de 2011.

RODRIGUES, Luís Fernando Matricardi. O STF às voltas com a
“navalha de Ockham”: uma proibição de insuficiência como controle
de proporcionalidade das omissões?. In: VOJVODIC, Adriana (et. al.).
Jurisdição Constitucional no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 324-
326.

RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia. La “autonomía procesal” del Tribunal
Constitucional. Madrid: Civitas, 2003.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Compensação penal por penas ou prisões
abusivas. In: Revista brasileira de ciências criminais, v. 25, n. 132, p. 331-381,
jun. 2017

ROXIN, Claus. Derecho Penal - Parte General, Tomo I, Tradução da 2. edição
Alemã e notas por Diego-Manuel Luzón Peñã, Miguel Díaz Y García Conlledo
e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (14ª Câmara de Direito
Criminal). Execução Penal nº 990101514613. Relator: Desembargador Wilson
Barreira, 17 de junho de 2010.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos
Tribunais, v. 798, ano 91, 2002, p. 30.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. Sentenças aditivas na jurisdição
constitucional brasileira. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 31- 49.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. O controle de constitucionalidade de leis
penais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 445.

TAVARES, Juarez Estevam Xavier. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (orgs). Cem anos de repressão. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

TAVARES, Juarez Estevam Xavier. Parecer jurídico. A Situação Carcerária no Brasil. 2015. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/juarez-tavares-diz-que-nao-se-pode-prender-no-brasil-falta-responsabilidade-do-estado-e-de-seus-magistrados/>>. Acesso em: 31 ago. 2023.

Recebido em: 30/08/2023

Aprovado em: 07/11/2023

DOSSIÊ

DISCRIMINATION AND LAW BEYOND PUNISHMENT. JURY DISCRIMINATORY ACQUITTALS. THE BRAZILIAN SUPREME COURT AND ADPF 779 DECISION.

DISCRIMINAÇÃO E DIREITO PARA ALÉM DA PUNIÇÃO. ABSOLVIÇÕES DISCRIMINATÓRIAS PELO TRIBUNAL DO JÚRI. STF E A DECISÃO DA ADPF 779

Ana Paula de Barcellos¹

SUMMARY: A Tribute to Justice Luís Roberto Barroso. Introduction. 1. Analysis. 1.1. Jury discriminatory acquittals, Brazilian context and ADPF 779. 1.2. The Brazilian Supreme Court and the control of jury deliberation by appellate state courts since 1988. 1.3. The Brazilian Supreme Court and the ADPF 779 decision. 1.4. Assessing the appeal remedy used in ADPF 779 decision. Conclusion. References.

¹ Doutorado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e pós-doutorado pela Universidade de Harvard. Atualmente é Professora Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

ABSTRACT: Discrimination has many faces unreachable by law in its usual punishment remedies. Jury discriminatory acquittals involving women victims are an example. Juries may discriminate against women when freeing men who killed their female partner “because she misbehaved.” In Brazil, a defense argument was developed over time for that purpose: “the self-defense of a man’s honor.” Can law help minimize this kind of discrimination? Are there legal remedies available beyond punishment? The Brazilian Supreme Court tackled this problem in the ADPF 779 case. One of the legal remedies engaged by the Court in the case was an appeal: the possibility of prosecutors appealing jury discriminatory acquittals to appellate courts which were given authority to declare those acquittals void, remanding the case to a new jury trial. This paper aims to describe the jurisprudential construction of the appeal as a remedy in Brazilian Constitutional Law since 1988, explaining how the Court employed it in the ADPF 779 decision and to discuss its potential and limitations to deal with discrimination. The appeal remedy has costs and does not guarantee the second jury trial will render a non-discriminatory decision. But it has potential that should not be dismissed. Monitoring the results of its use may produce essential data for legal discussion on the matter.

KEYWORDS: Women discrimination; discriminatory acquittal; jury nullification; honor killings

RESUMO: Sanções impostas pela ordem jurídica têm uma capacidade limitada de enfrentar determinadas manifestações de discriminação. Tribunais do júri podem discriminar mulheres ao declarar inocentes homens que matam ou tentam matar suas parceiras por conta de alguma espécie de “comportamento impróprio” delas, como adultério. A tese da “legítima defesa da honra” masculina foi desenvolvida nesse contexto. No julgamento da ADPF 779 o STF associou a essa prática discriminatória uma outra espécie de eficácia jurídica, diversa da sanção: atribuiu-se ao Judiciário um poder de revisão. O STF consagrou a possibilidade de o Ministério Público apelar de decisões absolutórias com caráter discriminatório de modo a obter-se a nulidade do júri e a realização de um novo. O objetivo deste artigo é descrever a construção, desde 1988, dessa modalidade de eficácia jurídica em relação a decisões absolutórias do júri, sua aplicação pelo STF na ADPF 779 bem como seus potenciais e limitações para lidar com o fenômeno da discriminação. A conclusão apurada é a de que o poder de revisão consagrado pelo STF tem custos a serem considerados e não garante que o segundo júri não será discriminatório; nada obstante, pode gerar incentivos na promoção da igualdade e contribuir para alterações mais profundas nos

padrões sociais. O monitoramento da utilização real do poder de revisão e de seus resultados ao longo do tempo fornecerá elementos importantes para a reflexão jurídica sobre o tema. A metodologia utilizada combinou a pesquisa qualitativa exploratória e a revisão bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Discriminação contra mulher; legítima defesa da honra; ADPF 779; nulidade júri;

Discrimination and law beyond punishment. Jury discriminatory acquittals. The Brazilian Supreme Court and ADPF 779 decision.

Exodus 23.1-2: “Do not spread false reports. Do not help a guilty person by being a malicious witness. Do not follow the crowd in doing wrong. When you give testimony in a lawsuit, do not pervert justice by siding with the crowd;”

A TRIBUTE TO JUSTICE LUÍS ROBERTO BARROSO

This paper is written as a tribute to Justice Luis Roberto Barroso and three of his ideas. Justice Barroso is first and foremost a scholar who believes good ideas may foster public debate, get people together to work out solutions, change practices, and help make a better society. To discuss his ideas is the best way to honor him.

Justice Barroso has written extensively about the effectiveness of Brazilian Constitutional norms and how legal remedies can foster the implementation of constitutional provisions so that reality can look more like the constitutional ideal (BARROSO, 2009). Secondly, on the role of Supreme Courts, Justice Barroso believes they should occasionally perform an “enlightened” role, pushing society and history (BARROSO, 2018). Finally, in the divisive field of Brazilian criminal law, Justice Barroso has highlighted the need to balance its twofold constitutional purposes: (i) to protect the defendant’s individual rights and (ii) to safeguard society and shield the human rights of people in general (BARROSO and ARAÚJO, 2023).

The issue discussed in this paper connects these three ideas Justice Barroso has been putting forward for a while. The Brazilian Constitution of 1988 provides for equal treatment for men and women. Therefore, the legal consequence associated with killing women should be like the one associated with killing men. But this is not always the case, and the usual legal remedies – punishment – cannot be used to deal with this kind of discrimination when it happens in a jury trial. Should Courts develop other legal remedies? Or should they wait for Congress to decide? How should Courts deal with the defendant’s rights in the context of discriminatory

acquittals, considering the constitutional role of criminal law? These are the questions the Brazilian Supreme Court faced when deciding ADPF 779, and Justice Barroso’s three ideas mentioned above were pivotal to the outcome.

INTRODUCTION

What are law’s limits and potential to prevent and redress discrimination? The primary legal remedies for this purpose are punishment of the person discriminating against others and their obligation to compensate for any damages resulting from the discrimination. Discrimination, though, poses one of the most complicated issues for the law to deal with, for it has many faces and manifesting behaviors flowing from an ingrained mindset usually built when we were raised. In this setting, punishment can target and prevent cruder practices that are easily spotted – which is of utmost importance, of course – but discriminatory behaviors taking place outside the legal radar will probably continue to happen and do harm.

The limitations of law and punishment in this context are evident and as law cannot deal with all misconduct, it should focus on salient practices, while other interventions tackle the more subtle ones. In this sense, the law will not be able to prevent all kinds of discriminatory behavior. It is therefore welcome that research in psychology, for instance, is testing different non-punitive approaches to diminish prejudice on a deeper level by destabilizing stereotypes².

But what should be considered for the law to give up and leave discriminatory practices to other interventions? Where to draw the limit of the law outreach and why? Some types of discrimination are too egregious and frequent to be ignored by law, even if hidden in culture and facilitated by a venerable institution: discriminatory jury deliberations and decisions in criminal cases leading to acquittals are one example.

Many sorts of prejudice can fuel discriminatory acquittals: racial, gender, religious, political, and national, among many others. This paper focuses on one kind of discriminatory acquittals: those involving violence against women perpetrated by their husbands, boyfriends, or partners as an alleged “reaction” to what was considered by the defendant an “improper” behavior on the part of their female victims. The phenomenon is described by expressions like *honor killings* or *honor assaults* or *honor crimes* in some places and has many cultural nuances around the globe. In some communities, talking to a foreign man can result in a woman’s death with little chance of the murderer ever facing trial (REDDY, 2008; VITOSHKA, 2010).

² In *Think Again. In the Power of Knowing What You Don't Know*, Adam Grant, an organizational psychologist, describes exciting examples of how non-punitive approaches can challenge ingrained prejudices and foster change (GRANT, 2021, p. 121).

Adultery or suspicion of adultery was a typical example in Brazil, and juries acquitted many husbands who killed their wives in this context (TOIGO, 2010; RAMOS, 2012; LAGE and NADER, 2013).

The discriminatory acquittals just described are experienced by many societies where women were or are regarded as inferior to men, but the legal solution framed by the Brazilian Supreme Court (STF) in the ADPF 779 case, rendered in August 2023³, is uncommon in other jurisdictions and may add to the global discussion. As we will see, STF developed a set of legal remedies – not related to punishment or civil liability – including the possibility of State Courts to hear appeals from prosecution and declaring void a discriminatory acquittal jury deliberation so that a new jury trial must take place (the appeal remedy).

The legal possibility of State Courts to declare void an acquittal jury deliberation may seem controversial in other jurisdictions, but it is not new in Brazilian law. The Brazilian Supreme Court has decided several cases on the issue since 1988 when the Federal Constitutional was enacted; some are still pending resolution. When ADPF 779 was filed, the Court had a well-developed legal remedy to use right in hand.

This paper is organized, after the initial tribute to Justice Luís Roberto Barroso and this introduction, in four parts and a conclusion. Part 3.1 briefly presents the context of discriminatory acquittals involving female victims in Brazil, some constitutional reasons they should receive legal attention, despite being out of reach from usual legal remedies, and a sum of the ADPF 779 STF order. Part 3.2. describes the constitutional route the Brazilian Supreme Court opened to allow a review role to appellate state courts so they can declare void acquittal jury deliberations and decisions. Part 3.3 explains how the ADPF 779 decision engaged this legal remedy in confronting a discriminatory practice that other sanctions cannot reach: jury acquittals that discriminate against women whose partners killed or tried to kill. Part 3.4. discusses the potential and limitations of the appeal remedy developed by the Brazilian Supreme Court in the case.

1. ANALYSIS

1.1. Jury discriminatory acquittals, Brazilian context and ADPF 779

People discriminate against others, so it is not surprising that juries discriminate against defendants and victims (as individuals or as members of a social group)⁴, the latter being the focus of this paper. There are various risk factors for discriminatory deliberations, many related to social dynamics

3 STF, ADPF 779, Rapporteur Justice Dias Toffoli, DJe August 10, 2023.

4 Discrimination can be directed to anyone, including prosecutors, judges, witnesses, not only defendants and victims.

and others connected to the jury trial itself: e. g., how jurors are selected, how many of them are needed to reach a verdict, how the case is presented to them, etc. Regardless of the factors involved in each case, if a discriminatory jury deliberation is issued, can the law do anything about it? The ordinary answer is negative or something close to that.

Courts also discriminate against defendants and victims, but Courts' orders must state their rationale and may be subject to appeal: discriminatory reasoning can be more easily noticed and challenged. Discriminatory jury deliberations are different and pose an extra challenge. Legal systems usually protect jurors and their discussion against scrutiny and review, and they do that for important reasons. The consequence is that it is challenging to assert why jurors decided and whether their reasons were discriminatory. Remedies to deal with jury deliberation are minimal.

Besides, juries sometimes decide outside the legal framework, even against the existing law, and disconnected from the evidence presented. This power – the jury nullification power – is considered inevitable in jury trials. Besides its inevitability, authors have different opinions on whether the nullification power is positive or not for democracy and the rule of law, whether it should be incentivized to foster a social cause, whether judges should tell jurors anything about it, especially whether they should tell them they have this power or to warn them not to use it (HOROWITZ & KERR, 2001; BROWN, 1997; LEIPOLD, 1996; BUTLER, 1995; WEINSTEIN, 1992/1993).

Juries in the past have resisted applying the abundance of capital penalties provided by law in England, and juries in the U.S. Northern States resisted enforcing slavery legislation. But the same power that allows juries to resist unjust laws and foster legal change through jury nullification also allows discriminatory deliberations. Jurors can decide outside of the legal framework for different purposes, including, unfortunately, discriminatory ones (TETLOW, 2009). In Brazil, jury nullification in favor of acquittal (mercy acquittal) has been legally provided for since a legal reform in 2008⁵. If jurors have the power to nullify and decide outside the legal frame, what can the law do?

Another reason can be added at this point to push the phenomena outside the reach of law. Defendants have constitutional enforceable due process rights to challenge a discriminatory conviction. Some solutions exist substantiated on the defendant's standing to appeal on the grounds, for example, on equality and due process rights and request a new trial. Still, victims or their families do not have an individual and enforceable right to the defendant's conviction by a jury (TETLOW, 2009). Nor potential future victims belonging to the discriminated category of person possess a remedy against discriminatory

5 Federal Law 11.689/2008.

acquittals that deprive them of the benefits of criminal law deterrence. This sort of discrimination cannot be challenged by any individual right.

Despite the limits of usual legal remedies, discriminatory acquittals involving female victims continue to be a constitutional violation in Brazil and probably in other legal systems which values equal protection and equality among men and women. The objective violation of the Constitution is the following. The Constitution protects liberties and rights (e.g., life). The law promises to react in a certain way if these liberties or rights are violated, and this reaction is vital to their protection. The Constitution also requires the law to make the same promise to everyone. But the law fails to fulfill its promise if the victim is a woman who has behaved in a way her partner considers shameful: the promise is valid only to men. The discrimination is too blunt and harmful to be ignored by the law.

And the stakes rise when criminal law is involved. Victims of crimes and their families are dealing with dramatic and unjust harms and often urgent and irreplaceable losses to which they did not contribute. Families and friends lost loved ones; people are injured; women are beaten; children are abused; lives are destroyed and disrupted, and those still living carry deep and disturbing wounds in their bodies, minds, and emotions because of what happened. Women's trust in the rule of law is understandably compromised in the context of the discriminatory acquittals discussed in this paper: they can be the next victim, and the law will not react as promised.

The stakes are high as well from the indicted and defendant's point of view. Criminal law usually impacts personal freedom: incarceration, even when other harms do not accompany it (and they typically do), is a dramatic restriction of one's life that cannot be undone. Days, months, and years in prison cannot be returned to an inmate. Lifetime does not stop, and it is inevitably limited. It is hard to look at it lightly: money is replaceable to some extent, but life is not. This makes any legal solution in criminal discriminatory acquittals sensitive.

In Brazil, juries only decide cases involving intentional crimes against human life; judges decide all other matters. Therefore, any discriminatory jury deliberation in Brazil will involve high-profile criminal cases. In jurisdictions where juries decide civil cases, discriminatory deliberations and decisions can happen in any of them, but discrimination in criminal cases naturally tend to be more troublesome.

Besides, in Brazilian case law, defense attorneys developed a line of legal reasoning over the 20th Century to place this discriminatory acquittal within legal boundaries. As in many systems, self-defense is a justification defense in Brazil. Defense attorneys developed the "the self-defense of a man's honor" argument before juries, labeling the violence against women as a self-defense action by the defendant in the face of the women's behavior

that was considered to threaten his honor. The argument assumed men and women were essentially unequal before the law as it gave similar weight to a woman's life and a man's "honor" (RAMOS, 2012; SILVEIRA, 2021). Note also that "the self-defense of a man's honor" is not the equivalent to the recognition by criminal law of altered emotional states, such as the notion of extreme emotional disturbance in American criminal law, that may lead to a reduction of the gravity of the crime or the punishment. By contrast, self-defense is justified violence, operating as a removal, in casu, of the illegality of the act. A successful self-defense results in a finding that no crime occurred.

One cannot know whether Brazilian juries acquitted defendants convinced by this defense argument as jurors' votes are secret in Brazil. History tells us the argument was frequently used and that many juries decided husbands or partners who had killed their wives in this context were not guilty, suggesting it was, to some extent, successful (TOIGO, 2010; RAMOS, 2012; LAGE and NADER, 2013).

And at this point, we get back to the initial question. May law help prevent discrimination when defendants are not held liable and punished because of unlawful discrimination on the part of a jury? Are there other remedies that may be useful? Or is this the limit to where the law can reach? What can the law do with a discriminatory jury deliberation that frees a defendant out of discrimination against women, possibly convinced by "the self-defense of a man's honor" argument?

The Brazilian Supreme Court (STF) dealt with precisely this challenge at the constitutional level in the decision rendered on August 2023: the ADPF 779 case⁶. The Court used three main remedies to tackle the problem, none of them forms of punishment. First, STF considered "the self-defense of a man's honor" argument to violate the Brazilian Federal Constitution of 1988 and ruled that the Brazilian self-defense legal provisions could not be construed to encompass it (the declaratory remedy). Then, the Court order provided for two sets of remedies to prevent the use of "the self-defense of a man's honor" argument and discriminatory acquittals: (i) the Court banned the use of "the self-defense of a man's honor" argument in a jury (the banned speech remedy); and (ii), if it is used, the Court allowed the Judge to declare the jury void, and State Courts to hear appeals and declare

⁶ STF, ADPF 779, Rapporteur Justice Dias Toffoli, DJe August 10, 2023. During the Brazilian Supreme Court debates (open to the public and broadcasted), the Rapporteur Justice Dias Toffoli suggested to Congress and to women representatives in particular an amendment to the Brazilian Federal Constitution to exclude the right to a jury trial. According to Justice Toffoli, all criminal cases should be decided by a judge to prevent further discrimination (see <https://www.migalhas.com.br/quentes/389157/toffoli-diz-para-congresso-propor-extincao-do-juri-passou-da-hora>). It is beyond the scope of this paper to discuss the merits of the idea and if it would be even possible considering the Brazilian constitutional system. But his comment shows the engagement of the Court with the issue.

void a discriminatory acquittal jury deliberation so that a new jury trial must take place (the appeal remedy).

The appeal remedy is of particular interest for its novelty, as it can directly challenge a discriminatory acquittal that would otherwise be unchallengeable in its substance. Declaring the use of the “the self-defense of a man’s honor” argument is unconstitutional, and proscribing its articulation before a jury is important, but what if the argument is presented? Or what if it is not verbalized, but a discriminatory acquittal is reached anyway? The appeal remedy offers a legal way to undo the discriminatory acquittal and opens the possibility of a new jury trial. How the Brazilian Supreme Court got to this idea is the content of the next topic.

1.2. The Brazilian Supreme Court and the control of jury deliberation by appellate state courts since 1988

Jury deliberations are constitutional matters in Brazil because Article 5, XXXVIII of the Brazilian Federal Constitution of 1988 considers the trial of intentional crimes against life cases by a jury a fundamental right. The provision also states the sovereignty of jury verdicts, and the secrecy of jurors’ votes and requires proceedings to guarantee full defense rights to defendants⁷. Brazilian scholars and the Brazilian Supreme Court’s opinions describe juries as venues for fairness-enhancing popular participation in public matters, a goal several provisions of the Brazilian Constitution provide for (TUCCI, 1999). Jury deliberations may trigger constitutional debates in Brazil on precisely these two dimensions: the defendant’s rights and popular participation in the criminal justice system.

The same Article 5, XXXVIII of the Brazilian Constitution defers to federal criminal procedure law the organization of the jury proceedings. The Federal Code of Criminal Procedure (Código de Processo Penal - CPP), enacted originally in 1948, regulates the issue. For this paper, it is worth mentioning three CPP rules. In Brazil, prosecutors, not grand-juries, decide on whether to indict and judges decide on whether the indictment meets the requirements of the law, sending to jury trials only the cases in which an indictment was deemed formally and substantively adequate (Articles 406 – 421). Juries have 7 (seven) jurors and deliberate by a simple majority vote for conviction and acquittal verdicts (Article 447). Both prosecutors and defendants can appeal to appellate state courts against a jury deliberation considered “manifestly contrary to the evidence on record.” (Article 593,

⁷ Article XXXVIII - The institution of the jury is recognized, with the organization determined by law, guaranteeing the following: a) full defense; b) secrecy of the votes; c) sovereignty of the verdicts; d) jurisdiction to try cases of intentional crimes against life.

III, d)⁸. The appellate court can, in this case, decide the jury deliberation void and order a new jury trial. The second jury deliberation cannot be appealed under the same argument. For several decades, then, this possibility to appeal a jury deliberation existed in Brazil as was used by defense teams and prosecutors.

After the enactment of the Brazilian Federal Constitution of 1988, the Brazilian Supreme Court (STF) decided cases challenging whether Article 593, III, d, from the Code of Criminal Procedure, the one providing for appeals against a jury decision considered manifestly contrary to the evidence on record, was consistent with the new Federal Constitution. The challenge focused on CPP's possibility for prosecutors to appeal against an acquittal verdict, arguing that the jury deliberation was incompatible with the evidence on record. The argument challenging this legal provision was that only defendants, not the prosecution, should be allowed to appeal, out of the full defense guarantee constitutional clause.

STF disagreed with the challenge, ruling the federal law provision valid and has reasserted that understanding over time. The Court stated that the sovereignty of jury verdicts should coexist with due process, also a constitutional provision in Brazil, inserted in the "Individual and Collective rights" section (Article 5, LIV, and LV). The Court considered that preventing public prosecutors from asking for a new jury before a deliberation contrary to the evidence would harm due process. According to the Brazilian Supreme Court, in this context, due process should not be construed exclusively as an individual right of the defendant but should be guaranteed to public prosecutors and defendants alike, allowing both parties the same procedural resource⁹.

The Brazilian Supreme Court's decision on the validity of Article 593, III, of the Code of Criminal Procedure consolidated in Brazilian constitutional and criminal law a system in which appellate courts have an overseer role in jury's deliberations, whatever the decision is. The Court understood this overseer role as harmonious, at least *a priori*, with the "sovereignty verdict of jury deliberation" constitutional clause. Also, the overseer role of appellate courts was not exclusively connected by the Court with the defendant's protection and the guarantee of "full defense" but more broadly with the

8 The Code of Criminal Procedure was initially enacted in 1941, but the actual Article 593, III, d, was changed by Law 263 in 1948. The appeal mentioned in the text was allowed since 1941 in Article 592, III, b, in slightly broader terms, *verbis*: "injustice of the jury's decision, as it finds no support in the evidence present in the case files or presented during the trial.". Other appeals are possible mostly on procedural grounds.

9 The two STF's Chambers rendered many decisions stating this understanding and quoting just one is enough: STF, 2a Chamber, Rapporteur Justice Ricardo Lewandowski, RHC 118.656, *DJE March 17, 2014*: "The jurisprudence of this Supreme Court is well-established that the constitutional principle of the sovereignty of verdicts, even in cases where the decision is manifestly contrary to the evidence on record, is not violated by ordering a new trial before the Jury Court. This is because the right to challenge the decisions of the Jury Court coexists with the principle of respecting the popular verdicts. Precedents have supported this interpretation. Denying the right of appeal to the Public Prosecutor in cases where there is a clear discrepancy between the popular verdict and the evidence on record would amount to a violation of the guarantee of due process of law. This guarantee encompasses, among other essential elements, the right to equality between the parties."

“correction” of the jury deliberation, as public prosecutors can also appeal. According to the ruling, if the state court deciding the appeal finds that the evidence does not support the jury’s conclusion, a new jury needs to take place to retrial the case. Two coinciding deliberations from different juries are required to overcome the appellate courts findings about the evidence, as a second appeal on the same grounds is not allowed.

The discussions before the Brazilian Supreme Court did not examine the discriminatory acquittal phenomena. The focus was on the due process clause interpretation. As mentioned, STF’s opinion was that it should be construed not as an exclusive right of defendants but as a guarantee of equality between the parties, granting prosecutors the same right to appeal that defendants have. According to the Court, even before ADPF 779, it was already possible for prosecutors to appeal a jury deliberation – any jury deliberation involving discrimination against the victim or not – if the verdict was manifestly contrary to the evidence on the records.

After this first question was settled, a new constitutional dispute involving jury deliberations and the possibility of review by state courts reached the Brazilian Supreme Court. The question now dealt with the construe of Article 593, III, of the Code of Criminal Procedure *vis* the constitutional sovereignty of jury deliberations. What are the limits of the state court’s oversight role consistent with the sovereignty of jury deliberation constitutional clause? What can count as “manifestly contrary to the evidence on record”?

Several cases were decided by STF on this question, usually involving appeals filed by public prosecutors against jury deliberation that had freed the defendant on the argument that the acquittal verdict was “manifestly contrary to the evidence on record.” The Court’s orders usually reestablished the jury deliberation and answered the questions above with the following guidelines. Suppose there are plausible versions of the event according to the evidence. In that case, the state court must defer to the plausible version preferred by the jury¹⁰. The appellate court must respect the jury’s reasonable interpretation of the evidence.

In an opinion from 2015 (HC 126.516), the First Chamber of the Brazilian Supreme Court decided to restate the limit to the oversight role of the appellate court according to these lines: “*It is not within the jurisdiction of the Court of Justice [the state appellate court] to conduct a technical and exhaustive examination of the evidence to ultimately choose the evidentiary aspect that best fits its conviction, thereby dismissing the version chosen by the jury, which, as is well known, renders its verdict based on [the] personal conscience [of each juror].*”¹¹

10 STF, 2a Chamber, Rapporteur Justice Joaquim Barbosa, HC 85.904, DJE June 29, 2007.

11 STF, 1a Chamber, Rapporteur Justice Luiz Fux, HC 126.516, DJE June 15, 2015.

Although allowing prosecutors to appeal acquittal deliberations, STF did not extend the review jurisdiction of appellate courts to make their assessment of the evidence under the “manifestly contrary to the evidence on record” legal criteria equal to the one of the jury. On the contrary, the jury assessment of the evidence should be privileged, particularly in an acquittal decision. Appellate courts should self-restrain and use their appellate review jurisdiction solely to avoid an illogical or preposterous jury decision, not to force its convictions on the matter to prevail. The boundaries can be tricky here as what counts as an illogical decision may be hard to define. Again, the issue of discriminatory acquittals was not discussed by the Court in any way.

While courts reviewed on appeal jury deliberations all over the country, Congress discussed the topic. A new federal law was enacted by Congress in 2008, changing the Code of Criminal Procedure and the jury organization: Federal Law 11.689/2008. One of the changes involved jury instructions. The new Article 483, III, of the Code of Criminal Procedure gave juries the nullification power to free defendants outside the legal framework, with significant repercussions to the limits of the state court’s appellate jurisdiction over jury deliberations¹².

According to the new legislation, two jury instruction questions are asked first: whether the facts described by the prosecution happened and whether the defendant committed the crime or participated in it. If most jurors answer “no” to any of these two questions, the defendant is acquitted, and no other questions are asked. If most jurors answer “yes” to any of them, a generic query is presented: “Does the juror free the defendant?”. If most jurors answer “yes,” the defendant is acquitted. If they answer “no,” new questions are asked about causes to aggravate or mitigate the sentence to be rendered.

According to Congress’ materials, the purpose of the new legislation was to simplify and standardize the questions asked in a jury trial, focusing them on the three fundamental issues to be decided¹³. The previous legislation required the judge to prepare a customized and sometimes complex set of questions considering the arguments prosecutors and defense lawyers presented in each case.

The new generic question made explicitly possible for juries to decide on reasons other than those pertaining to the facts and the evidence or to the conduct of the defendant. The legislation invites in consideration of mercy, compassion, political and ideological views, and humanitarian considerations, among others. Unfortunately, discrimination against the defendant or the

¹² The case decided by the First Chamber of STF in 2015, and mentioned in the text, didn’t discuss this new piece of legislation.

¹³ <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=92850> (access on October 1, 2023).

victim (or the group the victim belongs) can also manifest in this new jury instructions environment.

The 2008 legislation brought new questions to the use of the appellate jurisdiction of state courts over jury decisions, including standing. One such question is whether public prosecutors still be allowed to appeal acquittal jury deliberations based on the generic question now provided by law. Legislation permits jurors to free the defendant for reasons unrelated to the law or the evidence. Would allowing prosecutors to appeal a jury deliberation make sense because it was “manifestly contrary to the evidence on record”?

These questions divided legal scholarship, in state and federal courts, and even the Brazilian Supreme Court (CAVALCANTE SEGUNDO & SANTIAGO, 2015, ANDRADE & FISCHER, 2020; DIAS & OLIVEIRA JR, 2020; SILVA, 2022). In 2018, after many decisions from lower courts in different directions, the Brazilian Superior Court of Justice (STJ), a court with highest infra-constitutional jurisdiction over the country, issued an order that should be followed by lower state and federal appellate courts (HC 313.251/RJ). According to the STJ order, prosecutors continue to have the power to appeal any acquittal jury deliberations “manifestly contrary to the evidence on record,” even if based on the answer to the generic question now provided by CPC, Article 483, III. To most judges at STJ, the purpose of the new legislation was not to give juries an absolute power to free defendants. The opinion does not discuss the issue of discriminatory acquittals. The point is well summarized in this excerpt from the STJ decision:

“The exoneration of the defendant by the jury, on the grounds of article 483, III, of the Criminal Procedure Code (CPP), even if driven by clemency, does not render an absolute and irreversible verdict. The Court reserves the authority to overturn such a decision if it becomes evident that the jury’s conclusion significantly deviates from the evidence presented during the trial. Consequently, it remains entirely possible to exercise exceptional oversight over the jury’s acquittal ruling to prevent miscarriages of justice and uphold the principle of dual appellate judicial review. Interpreting otherwise would entail accepting that the jury possesses complete and conclusive authority regarding the defendant’s acquittal. However, in my view, this was not the legislator’s intent when mandating the inclusion of a general acquittal question, as stipulated in article 483, III, of the CPP.”¹⁴

14 STJ, Rapporteur Justice Joel Ilan Paciornik, HC 313.251/RJ, DJE March 27, 2018.

This discussion finally reached the Brazilian Supreme Court via what in Brazilian constitutional procedure is called “extraordinary appeal”¹⁵. The constitutional dispute revolves around the constitutional sovereignty clause of jury deliberations and the defendant’s rights. If juries can free a defendant for reasons unrelated to the evidence or the law, would the possibility of appeal against this kind of deliberation harm the sovereignty clause? The two chambers of the Brazilian Supreme Court have different views on the topic, and in June 2020, the Court decided the matter would be examined by its full panel in the future.

The first of the Court two chambers has issued orders according to the same lines of the STJ decision mentioned above, highlighting that juries do not have boundless powers and are not free to give absurd acquittals. For most Justices in the First Chamber, the constitutional sovereignty clause is not harmed because the appeal grant will result in a new jury trial, and the new legislation from 2008 didn’t change that: a jury will continue to have the final say on the matter. Also, from the perspective of the defendant’s rights, the First Chamber considered that due process requires prosecution and defense to be treated equally, as STF has stated before:

1. The sovereignty of verdicts is a constitutional assurance of the Jury Tribunal, the competent body for adjudicating intentional crimes against life. It serves as the sole exhaustive instance for evaluating the facts and evidence within the trial process. Its decisions cannot be substantively supplanted by judgments rendered by judges or higher courts. It maintains exclusivity in the analysis of merit.
2. The introduction of the generic query into criminal procedural legislation (Law 11.689, June 9, 2008) was clearly intended to streamline juror voting by consolidating defense arguments into a single question rather than transforming the body of jurors into an “unassailable and boundless power.”
3. In our legal framework, even though the specific pronouncement of the Jury Tribunal holds sovereign authority as a judgment emanating from the constitutionally designated Natural Judge for intentional crimes against life, it is not beyond challenge, invulnerable, or limitless. It must respect the principle of dual jurisdiction. Precedents support this understanding.
4. An appeal does not supplant the constitutional provision of the Jury Tribunal’s exclusive authority in assessing the merits of intentional crimes against life. When an appeal overturns the initial decision of the Jury Panel, it merely directs a fresh and definitive merit trial by the same Jury Tribunal.
5. While a constitutionally permissible new trial by the same Jury Tribunal is within the accusatory system established by our

¹⁵ STF decided on June 22, 2020, that the issue should be decided by the Full Panel (TEMA DE RG 1087 – ARE 1.225.585).

legal framework as a safeguard of due process, a distinct interpretative differentiation for the purpose of appellate remedies between prosecution and defense is not feasible. Such a distinction would infringe upon the fundamental principle of contradiction, which mandates the dialectical conduct of proceedings (*par conditio*).¹⁶

The Second Chamber of STF, on the other hand, issued orders sharing a different understanding of the constitutional question. For Justices in the Second Chamber, after the new legislation from 2008, prosecutors cannot appeal acquittal jury deliberations grounded on the generic question for two reasons. For this set of Justices, this kind of appeal would harm the sovereignty clause of jury deliberation and would also violate the presumption of innocence, harming defendant's rights:

1. Jury Court and sovereignty of verdicts (Article 5, XXXVIII, "c", Constitution). Challenge of acquittal based on a generic question (Article 483, III, combined with §2, Criminal Procedure Code) due to a scenario of a decision blatantly contrary to the evidence on record (Article 593, III, "d", Criminal Procedure Code). Acquittal by leniency and sovereignty of verdicts. 2. The Jury is an institution aimed at ensuring citizen participation in Criminal Justice, constitutionally enshrined through the principle of sovereignty of verdicts (Article 5, XXXVIII, "c", Constitution). Consequently, the applicable appeal against the substantive decision of the jurors is limited, only being admissible under the circumstance defined in subparagraph "d" of Article 593, III of the Criminal Procedure Code: "when the decision of the jurors is manifestly contrary to the evidence on record." In the event of the success of such an appeal, the tribunal composed of professional judges can only subject the defendant to a new trial by a jury. 3. In the legislative reform of 2008, the procedure of the jury was substantially altered, including the method of questioning the jurors. A generic and obligatory question was introduced, where the lay judge is asked: "Does the juror acquit the accused?" (Article 483, III and §2, Criminal Procedure Code). In other words, the jury can acquit the defendant without any specification and without the need for motivation. 4. Considering the generic question and the unnecessary requirement for motivation in the jurors' decision, the possibility of acquittal by leniency is established. In other words, even in clear contradiction to the evidence on record. If the juror can acquit the defendant without specifying the reasons when answering the generic question, and thus, on any grounds, there is no acquittal based on such

16 STF, 1o Chamber, Rapporteur Justice Alexandre de Moraes, RHC 226.879 AgR, DJe May 17, 2023.

rationale that could be deemed “manifestly contrary to the evidence on record.” 5. Restriction on the prosecution’s appeal based on Article 593, III, “d”, Criminal Procedure Code, if the acquittal is grounded in the generic question (Article 483, III and §2, Criminal Procedure Code). No violation of the principle of equality of arms. Presumption of innocence as a guiding principle of the criminal process structure. No violation of the right to appeal (Article 8.2.h, American Convention on Human Rights). Possibility of limiting prosecutorial appeals. The internal appeal lodged by the Federal Public Ministry is denied, upholding the monocratic decision issued, which, by invalidating the Appellate Court’s judgment, reinstated, as a consequential effect, the acquittal judgment issued by the Jury Court’s Presidency.¹⁷

The Second Chamber’s decisions on this topic were unanimous but one of the Justices (Justice Edson Fachin), despite following the same conclusion, pointed out as an *obiter dictum* a problematic issue he considered the Court would soon need to examine: discriminatory acquittals. Finally bringing this issue to light, Justice Fachin pondered about the correct approach to a hypothetical situation in which a jury frees a husband who killed his wife because she did something he considered shameful to him on some “honor killing” reasoning, using the general jury instructions acquittal question from article 483, III, CPP. Or, what if a jury acquits a defendant who killed a person from a minority group based on some hate and discriminatory discourse shared by the defendant and jurors? Would article 483, III, CPP forbid any appellate oversight from state courts? Is this consistent with the Constitutional provisions which provide for women’s equal rights and make discrimination illegal?

His point was that the general question from article 483, III, CPP, does allow the jury to decide on non-legal arguments. Still, it does not prevent appellate courts from assessing what kind of non-legal reason was used by jurors to free the defendant. Both provisions had to coexist. Eventually, some of the juror’s reasonings could violate constitutional provisions and be invalid, allowing trial or appellate courts to declare jury deliberation void in these cases. In other words, according to Justice Fachin, jurors can acquit defendants based on non-legal arguments because of article 483, III, CPP, but not on any non-legal view: some of them may be inadmissible according to the Constitution.

Justice Fachin’s comment was an *obiter dictum* at that point, and the Court did not decide the topic. As mentioned, in June 2020, the Court agreed to examine as a full panel whether prosecutors can invoke the “manifestly contrary to the evidence on record” provision to appeal jury deliberations

17 STF, 2a Chamber, Rapporteur Justice Gilmar Mendes, RHC 117.076 MC, DJe November 18, 2020.

grounded on the general acquittal question from article 483, III, CPP. The Supreme Court's decision on the matter is attentively awaited.

In the meantime, while postponing the decision on the broader issue for a future moment, STF quickly offered an answer to the problem foreseen by Justice Fachin when a case discussing it reached the Court. ADPF 779 was filed on January 6, 2021, and less than three months later, the Court issued a preliminary injunction. On August 1, 2023, the Court pronounced a final and unanimous decision, proscribing the “self-defense of a men’s honor” argument from juries and allowing prosecutors to appeal acquittal verdicts, even those grounded on the generic question from CPP, article 483, III, if the reasoning for the jury deliberation might have been the “self-defense of a men’s honor.”

1.3. The Brazilian Supreme Court and the ADPF 779 decision.

The Brazilian Supreme Court (STF) has an important role – its primary role according to the Federal Constitution – as a Constitutional Court, hearing cases in which abstract as well as applied review of legislation takes place. The abstract judicial review system in Brazil allows the Brazilian Supreme Court to decide, with binding effects, on the unconstitutionality of a statute. STF can also decide extraordinary appeals against state and federal court decisions in cases in which a constitutional matter was raised and grant writs of habeas corpus in different circumstances. The system is complex, and the Brazilian Supreme Court may say something about jury deliberations in all these different procedural contexts.

ADPF¹⁸ is one of the abstract judicial review proceedings that can be brought directly before the Brazilian Supreme Court. On January 6, 2021, a political party filed ADPF 779 asking the Court to rule as unconstitutional any interpretation of legal provisions from the Penal Code and from the Criminal Code of Procedure that encompassed the “self-defense of a man’s honor” argument within the boundaries of self-defense justification. The constitutional grounds for the request were that the “self-defense of a man’s honor” argument violates human dignity, the right to life, and equality among men and women, provided by Articles 1o, III, and 5o, I and LIV, of the Brazilian Federal Constitution. The petitioner in this case mentioned the discussion on the possibility of prosecutors appealing discriminatory jury acquittals based on the generic defense question discussed above but did not formulate a direct constitutional question on the matter.

Indeed, the constitutional discussion at ADPF 779 did not revolve around individual rights. The Court incidentally mentioned the defendants’

18 ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

due process rights to state they are not violated by its order. Furthermore, the ADPF 779 decision does not refer to any individual right of victims or their families to the conviction of a particular defendant. The main constitutional question before STF was whether the objective dimension of constitutional rights like human dignity, right to life, and equality among men and women, considered in the normative space they together project, crafted a collective right to jury deliberations that do not discriminate against women. And if it did, what legal remedies were required to materialize this right. The Brazilian Supreme Court answered the first question in the affirmative. The more complicated issue was which remedies could be used in the case.

On February 26, 2021, the Rapporteur, Justice Dias Toffoli, issued a preliminary injunction stating the unconstitutionality of the “self-defense of a men’s honor argument,” forbidding the self-defense legal provisions to be construed as encompassing it and prohibiting defense attorneys to articulate directly or indirectly this kind of argument before juries across the country. The order mentioned that if the defense used the argument, this would cause the jury to be declared void but did not decide on the possibility of appeal by prosecutors if the acquittal was grounded on the generic question from CPP, article 483, III¹⁹. After the Rapporteur issued the preliminary injunction, the petitioner in the case filed a motion asking the Court to decide specifically about this latter question.

On March 15, 2021, the full panel of the Court ratified the preliminary injunction issued by the Rapporteur. Moreover, it expanded on who would be forbidden to articulate the “self-defense of a man’s honor” argument in any stage of a jury trial proceeding. Besides the defense attorneys, the Court also directed the banned speech order to prosecutors, police officers, and judges. Justices again discussed the possibility of appeal when the acquittal was grounded on the generic question from CPP, article 483, III, but did not decide on it²⁰.

On August 1, 2023, STF reached a unanimous merit decision on ADPF 779 and issued an order on the prosecutor’s appeal against an acquittal verdict grounded on the jury nullification power. The final Court order restated that the “self-defense of a man’s honor” argument was unconstitutional and could not be construed from the law regulating the self-defense justification. The Court made permanent the provision from the preliminary injunction banning the argument from being articulated by anyone. Importantly, and the Court added two other remedies to deal with the issue: (i) if the “self-

19 The issuance of an individual injunction in ADPF 779 was unsurprising, as Justices in the Brazilian Supreme Court have extraordinary individual and monocratic power (ARGUELLES and RIBEIRO, 2018). The speed of the decision, though, was uncommon.

20 STF, ADPF 779-MC-Ref, Rapporteur Justice Dias Toffoli, DJe May 20, 2021. The opinion for the preliminary injunction is available at the Court website (www.stf.gov.br). The opinion for the final decision has yet to be published.

defense of a men’s honor” argument is articulated the jury trial should be declared void by the Judge, although the defendant cannot request it if his defense was the one using the argument; and (ii) prosecutors may appeal an acquittal jury decision if it adopted the “self-defense of a men’s honor” reasoning. In this latter case, state court ought to declare the trial void and order a new jury trial to take place, even if the acquittal was grounded on the generic question from CPP, article 483, III. The ruling published by the Brazilian Supreme Court on August 10, 2023, reads as follows:

The Court, unanimously, has ruled entirely in favor of the petition presented in this assertion of the breach of fundamental precept, for the following purposes: (i) to establish that the concept of “defense of honor” is unconstitutional, as it contradicts the constitutional principles of human dignity (Article 1, Section III of the Constitution), the right to life, and gender equality (Article 5, heading, of the Constitution); (ii) to interpret Articles 23, Section II, and 25, both the heading and the sole paragraph, of the Penal Code, as well as Article 65 of the Code of Criminal Procedure, in a manner that excludes the “defense of honor” from the scope of the self-defense doctrine, and as a consequence, (iii) to prohibit the defense, the prosecution, the police authorities, and the Court from directly or indirectly employing the notion of “defense of honor” (or any argument that leads to this notion) during pre-trial or criminal proceedings, as well as during the trial before the jury, under the penalty of rendering the action and the judgment null and void; (iv) given the impossibility for the accused to benefit from their own morally reprehensible actions, the recognition of nullity is prohibited in cases where the defense has utilized this notion for such purposes. Lastly, the Court also found in favor of the alternative request presented by the petitioner, thereby interpreting Article 483, Section III, § 2, of the Code of Criminal Procedure following the Constitution, to affirm that the authority of the jury’s verdict is not undermined by the appellate decision that annuls an acquittal based on a general question, when such a decision, in any way, might imply the revival of the objectionable “defense of honor” doctrine.

1.4. Assessing the appeal remedy used in ADPF 779 decision.

Having declared unconstitutional the “defense of men’s honor” speech in the context of criminal proceedings and the construction of criminal law and procedure provisions to allow it as a type of self-defense, the Brazilian Supreme Court’s decision at ADPF 779 put forward two sets of legal remedies to deal with discriminatory acquittals by juries. The first tool tries to control speech: the arguments used by all legal actors involved in a jury trial and the

criminal proceedings leading up to it. Important as it is, this article does not further discuss this first remedy. The second is the appellate review remedy (the appeal remedy): it gives state officials – trial judges and appellate courts – an overseer role to declare void a jury proceeding or a jury decision and remand the case for a new trial. The Court also gave prosecutors standing to appeal an acquittal verdict contrary to the evidence, regardless of the generic jury nullification provision the CPP seemed to have adopted in its reformed jury instructions questions.

The Court organizes the remedies in a sequenced, layered fashion. First, the Court stated that it was unconstitutional to construe the justification of self-defense to encompass the “self-defense of a man’s honor” argument because it violates the Constitution. Then, the Court order banned the argument from being verbalized during the jury trial, hoping it would not be inside the jurors’ minds already. But what if the argument is articulated despite the STF order? In this case, the Court decision provides for the jury to be considered void and a new one arranged, although not to benefit the defendant in case his defense suggests the “self-defense of a man’s honor” with the purpose to cause a mistrial or trial nullity. If these layers of remedies do not work and the jury reaches a discriminatory acquittal, and even if jurors decide to free the defendant using a logic out of the legal frame, grounding it on the generic jury nullification question, prosecutors may appeal, arguing the verdict was contrary to the evidence. The state appellate court may declare the trial void so that a new one will decide the case.

Can the appeal remedy help minimize discrimination? What are the costs associated with its implementation? Research over time assessing the outcomes related to the actual use of the remedy is needed to offer a conclusive answer to these questions. However, anticipating the potential and limitations of the remedy may be helpful to amplify the former and curtail the latter’s impact.

First, the Court’s declaration that a discriminatory acquittal violates the Constitution gives public prosecutors a language to use before juries that has a similar status to the due process guarantee defense lawyers can use: to prevent discrimination against female victims and women in general is also a constitutional right. No outcome is guarantee but at least the discrimination issue can be presented before the jury as it is: an unconstitutional behavior (TETLOW, 2012).

The possibility of review on appeal by a state court to declare a discriminatory acquittal void, requiring a new jury trial, may help minimize discrimination. The existence of this legal possibility, endorsed by the Supreme Court, and public knowledge about it may limit jurors’ willingness to decide in a discriminatory fashion, knowing their decision may not prevail. It may

even discourage people with deep prejudices but who are not activists of their prejudices from participating in juries.

Research in the United States is trying to assess the impact on jury nullification instructions. Are juror's biases exacerbated when judges explicitly instruct the jury about their power to decide outside the law? Should nullification instruction take place or not? (HOROWITZ, 2008). Similar research would be helpful in Brazil to assess the impact on jurors of judges' instructions about the possibility of jury deliberation being declared void if it discriminates against women in general and potential future female victims on the grounds that the "self-defense of the honor of a man" decisional motivation entail the reduction of the deterrent effect of criminal punishment in relation to them in a manner that does not affect potential future male victims.

Besides these broader impacts, the appellate review remedy opens up the possibility of a non-discriminatory decision on the second jury trial. There are no guarantees here, but at least there is a chance. In a Brazilian famous case of the 1970's involving a well-known couple at the time (Doca Street and Angela Diniz), the man was convicted by the second jury for killing his former female partner (SPIELER, 2011).

Law and Court orders stating that discriminatory acquittals are unconstitutional and can be declared void do not change consciences automatically. Profound behavior change only happens when we internalize norms different from the ones we learned before. This usually happens through the power of socialization mechanisms (ROBINSON, 2007, p. 102). Still, the law and Court orders play a role, even if a limited one, in shaping the social environment and adding to social pressure that can change mindsets over time. These statements may play an agenda-setting role, triggering public debate and helping build social consensus and, therefore, social pressure (KLEIN, 2007/2008).

But there are costs associated with it that cannot be ignored. The appellate review remedy gives state officials – the trial judge and appellate courts – the power to control jury deliberation to some extent. Jury deliberation will be treated as final and sovereign only after the second trial if the first one is declared void. The design is not unusual in democracies where apex constitutional courts control procedural aspects of congressional or parliamentary deliberation and declare it invalid, requiring a new bill to be approved. Although it would be difficult to describe the appeal remedy as a mere procedural kind of control of a jury deliberation, particularly when jurors grounded their decision on the generic clause, the outcome is similar, as appellate courts will not decide the case themselves but resend it to a new trial.

The implementation of appeal remedies will also cost more money and time from people to serve as jurors and from court personnel and budgets, as they will eventually need to organize more than one trial per crime. These

costs should be assessed and publicized so people can clearly understand how much tax money was spent because a discriminatory acquittal had to be declared void. The time aspect also affects defendants, victims, and their families, who will need to wait more for closure. If statutes of limitation apply, this may also be an issue to consider.

Finally, the appeal remedy imposes an extra burden on defendants, who may face two trials. But it does not seem an extraordinary burden. First, it is not uncommon that legal systems provide for juries to be declared void for different reasons frequently related to violations of due process. Second, even if one rejects the Brazilian Supreme Court's construe of the due process clause, it is reasonably accepted that, from a theoretical point of view, due process requires that whoever is in a position of deciding cases be impartial. A jury discriminating against the category of persons the victim belongs to is not impartial, thus acts in violation of due process and ought not to make decisions with state authority. From a human rights perspective, criminal law is related to defendants' rights; however, criminal law provisions and their implementation are also required to protect fundamental rights, like the right to life.

CONCLUSION

Discrimination may take many forms, some of which are unreachable by the ordinary legal remedy of punishment. One example of a dramatic discriminatory practice just beneath the legal surface is discriminatory jury acquittals. This paper focused on a kind of discriminatory acquittal – jury deliberations that free men who killed their female partners because of their “improper” behavior – and the Brazilian Supreme Court's answer to it in the ADPF 779 decision.

The Brazilian Supreme Court decision declared the “self-defense of a man's honor” argument unconstitutional when used as a legal ground for these discriminatory acquittals and banned its use in jury trials and in the proceedings leading up to them. The Court also allowed discriminatory acquittals to be appealed by prosecutors – the appellate review remedy – even if jurors ground their decision in a Brazilian legal provision that requires trial judge to include in their jury instructions a question that directly invites jurors to contemplate their power to nullify, deciding out of the legal frame to declare a defendant not guilty. The possible outcome of the appeal is for the jury deliberation to be declared void by an appellate court that will then remand the case for a new jury trial.

The appeal remedy does not seek punishment nor guarantee that the new – and final – jury trial will be an impartial one. It is, in this sense, a weak legal remedy. The appeal remedy also has costs. But its potential to

foster decisions that do not discriminate against women and to help build a social environment that is less discriminatory seems to outweigh the costs. Although the law will not be able to deal with all kinds of discriminatory behavior and should not try to achieve that, when it comes to criminal law and discriminatory acquittals involving the right to life, the law should play a role to at least try and minimize discrimination even if this role requires the law to innovate legal remedies.

REFERENCES

ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de and FISCHER, Douglas Fischer. Júri e absolvição contra a prova dos autos: clemência absoluta ou arbítrio? *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* vol. 78, p. 89, 2020.

ARGUELLES, Diego Werneck and RIBEIRO, Leandro Molhano. ‘The Court, it is I?’ Individual judicial powers in the Brazilian Supreme Court and their implications for constitutional theory, *Global Constitutionalism* (2018), 7:2, 236–262, Cambridge University Press, 2018. Available at doi:10.1017/S2045381718000072.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Renovar: Rio de Janeiro, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas / Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. *Revista Direito E Práxis*, 9(4), 2171–2228, 2018. Available at <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806>.

BARROSO, Luís Roberto and ARAÚJO, André Luís Silva. *Reflexões sobre o sistema punitivo brasileiro*: prisão, direito à não autoincriminação e presunção de inocência, v. 13, n. 1, p. 67-84, 2023.

BROWN, Darryl K. Jury Nullification within the Rule of Law. *Minnesota Law Review* vol. 82, p. 1095, 1997. Available at <https://scholarship.law.umn.edu/mlr/1095>.

BUTLER, Paul. *Racially Based Jury Nullification*: Black Power in the Criminal Justice System, 105 YALE L.J. 677, 1995.

CAVALCANTE SEGUNDO, Antonio de Holanda; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Íntima Convicção, Veredictos dos Jurados e o Recurso

de Apelação com Base na Contrariedade à Prova dos Autos: Necessidade de Compatibilidade com um Processo de Base Garantista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 116/09-11, item n. 3, 2015.

DIAS, Eduardo Rocha Dias e OLIVEIRA JR., Francisco Elnatan Carlos de. *Controle Racional da Absolvição pelo Tribunal do Júri: ensaio livre uma teoria do controle jurisdicional da clemência*. Escola Superior do Ministério Público do Ceará - Ano 12, no2 / Jul./Dez. 2020

GRANT, Adam. *Think Again. The Power of Knowing What You Don't Know*, United States of America: Random House/Viking, 2021.

HOROWITZ, Irwin & KERR, Norbert L. *Jury Nullification: Legal and Psychological Perspectives*, 66 Brook. L. Rev. 1207, 2001. Available at: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol66/iss4/7>

HOROWITZ, Irwin A. *Jury Nullification: An Empirical Perspective*, 28 Northern Illinois University Law Review, vol. 28, issue 3, Article 3, p. 425-451, 2008. Available at <https://scholarship.law.umn.edu/mlr/1095>

KLEIN, Alana, *Judging as Nudging: New Governance Approaches for the Enforcement of Constitutional Social and Economic Rights*. Columbia Human Rights Law Review, Vol. 39, No. 351, 2008, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3473402>

LAGE, Lana and NADER, Maria Beatriz. *Violência contra a mulher: Da legitimação à condenação social*. In: Nova História das Mulheres no Brasil. p. 286-312, 2013.

LEIPOLD, Andrew D. *Rethinking Jury Nullification*, 82 VA. L. REV. 253, 1996.

RAMOS, Margarita Danielle. Reflexões sobre o processo histórico-discursivo do uso da legítima defesa da honra no Brasil e a construção das mulheres, *Revista Estudos Feministas*, v. 20, n. 1, 2012. Available at <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2012000100004>

REDDY, R. Gender, *Culture and the Law: Approaches to 'Honour Crimes' in the UK*. Fem Leg Stud 16, 305–321, 2008. Available at <https://doi.org/10.1007/s10691-008-9098-x>.

ROBINSON, Paul H. *How Psychology is Changing the Punishment Theory Debate*. Faculty Scholarship at Penn Carey Law, 132, 2007. Available at https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1131&context=faculty_scholarship.

SILVA, Analice da (2022). Da impugnabilidade das decisões absolutórias do tribunal do júri: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal / The non-appealability of the jury's absolutory decisions: an analysis of the Supreme Court's jurisprudence. *Revista Científica Do CPJM*, 1(04), 180–212. Available at <https://rcpjm.emnuvens.com.br/revista/article/view/103>

SILVEIRA, A. C. R. A vida da mulher pelo direito penal: da “legítima defesa da honra” à previsão legal do feminicídio. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 1, n. 28, p. 239–261, 2021. Disponível em: <https://revistadpers.emnuvens.com.br/defensoria/article/view/366>. Acesso em: 30 ago. 2023.

SPIELER, Paula. *The Maria de Penba Case and the Inter-American Commission on Human Rights: Contributions to the Debate on Domestic Violence against Women in Brazil*, 18 Ind. J. Global Legal Stud. 121, 2011.

TETLOW, Tania *Discriminatory Acquittal*, 18 Wm. & Mary Bill Rts. J. 75, 2009. Available at <https://scholarship.law.wm.edu/wmborj/vol18/iss1/4>

TETLOW, Tania. Granting Prosecutors Constitutional Rights to Combat Discrimination, *Journal of Constitutional Law* 14:5, p. 117-1159, 2012. Available at <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1061&context=jcl>.

TOIGO, D. M. *Breve análise das teses defensivas da legítima defesa da honra e da privilegiadora da violenta emoção no tribunal do júri em homicídios passionais praticados por homens contra mulheres*. Unoesc & Ciência - ACSA, 1(1), 13–20, 2010. Available at <https://periodicos.unoesc.edu.br/acsa/article/view/66>

TUCCI, Rogério Lauria (Coord.). Tribunal do Júri. *Estudos sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*, São Paulo: Editora Forense, 1999.

VITOSHKA, D. Y. *The Modern Face of Honor Killing: Factors, Legal Issues, and Policy Recommendations*. *Berkeley Undergraduate Journal*, 22(2), 2010. Available at <https://escholarship.org/uc/item/401407hg>.

WEINSTEIN, Jack B., *Considering Jury “Nullification”*: When May and Should a Jury Reject the Law to do Justice, 30 American Criminal Law Review, p. 239-254, 1992/1993.

Recebido em: 05/07/2023
Aprovado em: 30/08/2023

DOSSIÊ

LEI E REGULAMENTO NA VISÃO DO MINISTRO BARROSO

*LAW AND ADMINISTRATIVE ORDINANCE
ACCORDING TO JUSTICE BARROSO*

*André Rodrigues Cyrino¹
Caio César Alves Ferreira Ramos²*

SUMÁRIO: Introdução. 1. Decisões pró-regulamento e objeções à lei. 1.1. Regulação de matérias técnicas, tipicamente administrativas e nas quais a lei pode não produzir o resultado esperado pela Constituição. 1.2. Concretização de princípios constitucionais e de direitos fundamentais. 1.3. Disciplina da organização e do

¹ Professor Adjunto de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). *Master of Laws* pela *Yale Law School* (EUA). Doutor e Mestre em Direito Público pela UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

² Mestrando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV). Procurador do Estado de São Paulo.

funcionamento da Administração Pública. 2. Decisões pró-lei e objeções ao regulamento. 2.1. Regulação de assuntos para os quais não haja consenso técnico-científico estabelecido e controle da regulamentação administrativa sobre questões técnicas. 2.2. Alteração da organização e do funcionamento da Administração Pública fora dos limites constitucionais. 2.2.1. Limites decorrentes de reservas legislativas. 2.2.2. Limites decorrentes da reação a posturas autoritárias. Conclusão. Referências

RESUMO: O artigo realiza um estudo de casos julgados pelo Ministro Luís Roberto Barroso no Supremo Tribunal Federal com o objetivo de identificar a sua visão a respeito da expansão da atividade normativa da Administração Pública e os seus impactos sobre o princípio da legalidade. O intuito inicial é descrever como as decisões e votos do Ministro Barroso buscam delimitar um campo legítimo para o regulamento administrativo, sem comprometer o princípio da legalidade. Os julgados analisados demonstram que o Ministro não adota uma leitura binária acerca da legalidade administrativa. As suas decisões não são pautadas apenas por uma noção estática de reservas legislativas ou de outros critérios formais que determinem um domínio próprio da lei e, por exclusão, do regulamento. Ao contrário, suas opiniões revelam uma compreensão dinâmica acerca das possibilidades e limites do poder regulamentar, determinados, em cada situação concreta, à luz de parâmetros materiais extraídos da Constituição. Identificamos que um dos resultados dessa abordagem é o crescimento da demanda e da oferta de controle de constitucionalidade sobre os regulamentos administrativos. Por um lado, isso atende a preocupações democráticas contemporâneas acerca da concentração de poderes normativos no Poder Executivo, limitando o seu uso abusivo. Mas, por outro, acaba por ampliar a legitimidade e as possibilidades da regulamentação administrativa, pois, à medida em que se incrementam os caminhos de controle, pode-se argumentar que se diminuam as chances de arbítrio pelo administrador.

PALAVRAS-CHAVE: Direito administrativo. Regulamento administrativo. Princípio da legalidade. Legalidade administrativa. Controle de constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal. Ministro Luís Roberto Barroso.

ABSTRACT: The article presents a study of cases judged by the Brazilian Supreme Court Judge Luís Roberto Barroso in order to identify his views regarding the expansion of normative activity by the Public Administration

and its impacts on the legality principle. The initial purpose is to describe how Barroso's decisions and votes seek to establish a legitimate scope for administrative ordinance without compromising the legality principle. The analyzed cases demonstrate that Barroso does not adopt a binary interpretation of administrative legality. His decisions are not guided only by a static notion of legislative reserves or other formal criteria that define a domain exclusive to the law and, by exclusion, to administrative ordinance. On the contrary, his opinions reveal a dynamic understanding of the possibilities and limits of administrative ordinance, determined in each specific situation considering material parameters extracted from the Constitution. We identified that one of the outcomes of this approach is an increase in demand and supply of constitutional review over administrative ordinance. On one hand, this addresses contemporary democratic concerns about the concentration of normative powers in the Executive branch, limiting its abusive use. However, on the other hand, it ends up amplifying the legitimacy and possibilities of administrative ordinance, because the increase in the pathways of control can be argued to decrease the chances of arbitrary decisions by administrators.

KEYWORDS: Administrative law. Administrative ordinance. Legality principle. Administrative legality. Constitutional review. Federal Supreme Court. Supreme Court Judge Luís Roberto Barroso.

INTRODUÇÃO

A comemoração dos dez anos da investidura do Ministro Luís Roberto Barroso no Supremo Tribunal Federal faz recordar suas singulares trajetórias acadêmica e forense, marcada por uma dedicação obstinada à promoção da efetividade da Constituição. No exercício da docência na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da advocacia (pública e privada), as suas contribuições foram pioneiras e cruciais para a superação de um longo período da nossa história em que o texto constitucional não passava de um instrumento de retórica, esvaziado de qualquer efetividade (BARROSO, 1994, p. 30). Nessa esteira, o Professor Luís Roberto Barroso teve uma participação decisiva na pavimentação de um caminho teórico imprescindível para o reconhecimento de uma hoje incontroversa normatividade constitucional, que, desde a última década, tem a oportunidade de concretizar no âmbito da Suprema Corte brasileira.

Ao longo desse percurso, a atividade normativa da Administração Pública foi um dos temas que atravessaram tanto a produção acadêmica quanto a praxe jurisdicional do Ministro Luís Roberto Barroso. Isto é: o exercício do poder administrativo de editar regulamentos (decretos, resoluções,

portarias, etc.). Atualmente, é difícil identificar uma relação administrativa, econômica ou social que não possua algum aspecto regulado pelo Estado por essa espécie normativa, havendo uma tendência de alargamento dessa via (CYRINO, 2018, p. 105-106). Esse fenômeno é há muito investigado pelo hoje Ministro, notadamente sob a perspectiva dos seus impactos sobre o princípio da legalidade administrativa (BARROSO, 2009a), inicialmente associado apenas a atos expedidos pelo Poder Legislativo e a uma já superada ideia de que ao administrador somente seria permitido fazer o que autorizado ou determinado pelo legislador (BARROSO, 2006, p. 80).

O assunto não é novo, e ganhou outros matizes a partir da segunda metade do século XX, quando vários fatores contribuíram para a desvalorização da lei como principal instrumento de legitimação da atuação estatal e abriram espaço para a defesa de novas formas de vinculação administrativa ao direito (BAPTISTA, 2003, p. 285; CLÈVE, 2020, p. 46-56). A ascensão do constitucionalismo, por certo, também teve um papel nisso, sendo a doutrina da juridicidade, talvez, sua face mais evidente (ROCHA, 1994, p. 68-144; BINENBOJM, 2014, p. 131-206).

A despeito de não ser novidade, o problema está longe de ser velho; e, como tal, longe de ser resolvido. Ele evolui com ciclos de maior ou menor expansão da atividade administrativa, bem como tensões tanto democráticas quanto jurídicas. Assim, de tempos em tempos, tem se repensado sobre a matéria no Brasil. E o Ministro Luís Roberto Barroso deu inúmeras contribuições sobre isso.

Pois bem. O objetivo desse breve artigo é explicitar e organizar essas contribuições. Analisaremos, assim, as opiniões do Ministro enquanto juiz; um magistrado voltado a, em suas palavras como autor, “*determinar os limites dentro dos quais é legítima a (...) flexibilização [da legalidade], sem que se perca sua identidade como uma norma válida e eficaz*” (BARROSO, 2002, p. 306-307). Isso porque, embora passe por transformações, o “*princípio da legalidade continua a funcionar como uma das mais importantes garantias individuais, nos termos do art. 5º, II, da Constituição*” (PERTENCE; BARROSO, 2015, p. 288). E, por esse motivo, é necessário identificar uma leitura da legalidade administrativa capaz de “*harmonizar as demandas deste novo tempo, ditado pelas exigências de sociedades cada vez mais complexas e dinâmicas, com as exigências morais e constitucionais de liberdade e democracia*” (PERTENCE; BARROSO, 2015, p. 288).

Nesse sentido, esse texto descreve como as decisões e votos do Ministro Luís Roberto Barroso, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, equilibram esses impulsos, por vezes, contraditórios, para delimitar um campo legítimo de atuação normativa da Administração Pública, sem comprometer a eficácia do princípio da legalidade. Pretende-se desenvolver um estudo de casos julgados pelo Ministro, visando à identificação dos fundamentos que o levaram a chancelar ou rechaçar a regulação administrativa, exercitada

pelo Poder Executivo ou por outros órgãos constitucionais incumbidos de funções administrativas, frente à legislação formal. Ao final, sintetizaremos o que concluímos ser a visão do Ministro Barroso a respeito da lei e do regulamento no atual contexto do princípio da legalidade, com algumas considerações pessoais, derivadas dos julgados analisados nesse trabalho, a respeito do momento vivido pela legalidade administrativa no âmbito da jurisdição constitucional brasileira.

Identificamos os casos examinados nesse artigo pelo sistema de pesquisa de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A consulta abrangeu o período entre a data de posse do Ministro Barroso (26/06/2013) e a data de conclusão desse trabalho (03/06/2023). Como critérios de busca, utilizamos as expressões “*poder regulamentar*”, “*legalidade administrativa*” e “*princípio da legalidade*”. Para restringir os resultados da busca pela expressão “*princípio da legalidade*”, realizamos pesquisas específicas a combinando com o termo “*regulamento*”, bem como com os vocábulos “*decreto*” e “*resolução*”, por expressarem as formas mais tradicionais de manifestação do poder regulamentar.

Dos julgados encontrados, excluímos os relativos a temas de menor pertinência para o direito administrativo, como, por exemplo, ações vinculadas a questões tributárias, trabalhistas e previdenciárias, bem como os que versavam sobre atos infralegais que não foram editados no exercício de funções tipicamente administrativas. Entre os processos restantes, selecionamos aqueles em que o Ministro Barroso teve uma participação substancial, ou seja, casos em que atuou como relator ou apresentou votos que divergiram ou complementaram as opiniões dos demais membros da Corte. Assim, identificamos 16 (dezesesseis) decisões do Ministro³, que abordaremos a seguir, juntamente com algumas das posições que expôs em trabalhos acadêmicos ou em outros processos não alcançados pelos referidos critérios de pesquisa.

1. DECISÕES PRÓ-REGULAMENTO E OBJEÇÕES À LEI

1.1. Regulação de matérias técnicas, tipicamente administrativas e nas quais a lei pode não produzir o resultado esperado pela Constituição

A regra geral no Brasil e no Estado contemporâneo é a da vocação hegemônica da lei para dispor sobre todos os assuntos (CLÈVE, 2020, p. 306-309). É o que está previsto no artigo 48 da Constituição, que autoriza

3 Essas decisões foram proferidas nas seguintes ações constitucionais, analisadas, nessa ordem, ao longo desse texto: ADI nº 3.169/SP; ADI nº 5.501/DF; ADI nº 4.947/DF (4.963/PB, 4.965/PB, 5.020/DF e 5.028/DF); ADI nº 3.239/DF; ADI nº 4.263/DF; ADI nº 4.615/CE; ADPF nº 559/SP; ADI nº 2.601/DF; ADI nº 1.668/DF; ADI nº 5.942/DF; ADI nº 5.779/DF; ADI nº 5.447/DF (ADPF nº 389/DF); ADI nº 5.609/DF; ADI nº 6.121/DF; ADPF nº 622/DF; e ADPF nº 651/DF.

o Congresso Nacional a legislar sobre “*todas as matérias de competência da União*” (BRASIL, 1988). No entanto, os votos do Ministro Luís Roberto Barroso revelam que aplicar o princípio da legalidade na atualidade envolve reconhecer que, por vezes, a lei não é o veículo apropriado para disciplinar determinadas questões.

Há matérias tipicamente administrativas em que a atuação parlamentar pode esbarrar na chamada reserva de administração. Nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso, nesses casos, não há “*margem para interferências legislativas ou judiciais*” na atuação do administrador (BRASIL, 2019c – RE 657.718/DF). Nesse sentido, na ADI nº 3.169/SP, o Ministro considerou inconstitucional a lei que estabelecia que Secretaria de Estado deveria comunicar antecipadamente o vencimento da carteira de habilitação aos seus titulares (BRASIL, 2014a). Argumentou que a norma tratava “*tipicamente [de] uma matéria administrativa, que deve ser regulada pelo Poder Executivo, e [...] não pelo Poder Legislativo*” (BRASIL, 2014a – ADI nº 3.169/SP). Na mesma toada, na ADI nº 5.501/DF, o Ministro julgou inválida a lei que, mesmo sem testes clínicos e registro sanitário, autorizava o uso da “*pílula do câncer*” (BRASIL, 2016). Apontou que, ao liberar o medicamento, o “*Legislativo substituiu o juízo essencialmente técnico da Anvisa por um juízo político, interferindo de forma indevida em procedimento de natureza tipicamente administrativa*” em prejuízo da proteção aos direitos à vida e à saúde (BRASIL, 2016 – ADI nº 5.501/DF).

Em outras circunstâncias, mesmo não sendo vedada a disciplina por lei, pode ser desejável a delegação legislativa a instituições especializadas e externas ao Poder Legislativo. Esse entendimento foi adotado, pelo Ministro Barroso, na ADI nº 4.947/DF, que tratava de lei complementar que delegava ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE) a regulamentação do cálculo da representação proporcional dos Estados e do Distrito Federal na Câmara dos Deputados (BRASIL, 2014b). Na ocasião, discutiu-se o disposto no artigo 45, §1º, da Constituição, que prevê que o número total de deputados e da representação dos entes subnacionais na Câmara “*será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma [das] unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados*” (BRASIL, 1988).

A maioria do Supremo Tribunal Federal compreendeu que a delegação promovida pela lei era inconstitucional, porque dispositivo da Constituição teria estabelecido uma reserva de lei complementar, a qual exigia o esgotamento da disciplina da matéria pelo legislador. No entanto, o Ministro Luís Roberto Barroso, apesar de concordar que essa seria uma leitura possível, sustentou ser viável interpretar o texto constitucional de outra forma, permitindo o tratamento do assunto por regulamento, a fim de evitar o congelamento legal das bancadas estaduais e distritais e possibilitar a sua constante atualização de acordo com critérios técnicos e não políticos. Assim, numa interpretação

contextual do texto constitucional, concluiu ser possível “*delegar esta tarefa [de regulamentar a representação parlamentar na Câmara] para um órgão técnico, sob pena de, ao se politizar essa decisão, criar-se a situação em que o Congresso, autointeressado, dificilmente produziria o resultado exigido pela Constituição*” (BRASIL, 2014b – ADI nº 4.947/DF).

Desses votos, depreende-se que, na visão do Ministro Luís Roberto Barroso, há um campo legítimo para o regulamento na disciplina de matérias técnicas, tipicamente administrativas e nas quais a lei pode não produzir o resultado esperado pela Constituição. São casos que envolvem desde a criação de novos encargos para órgãos públicos, passando pela definição de condições técnicas para a dispensação de medicamentos, até chegar à fixação da expressão numérica de bancadas parlamentares de modo proporcional à população dos entes subnacionais. Casos em que a esfera política não teria a melhor resposta. Nesses assuntos, a disciplina legal pode não contribuir para o funcionamento da democracia, tampouco para a proteção e a promoção adequada de direitos fundamentais, como, por exemplo, os direitos à vida, à saúde e à representação política, abrindo-se um caminho válido para a regulamentação administrativa.

1.2. Concretização de princípios constitucionais e de direitos fundamentais

Como observado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, a atual leitura do princípio da legalidade o “*converteu em algo mais amplo, o princípio da juridicidade, que significa que ao administrador cabe aplicar o ordenamento jurídico como um todo, inclusive a Constituição*” (BRASIL, 2021b – ADI nº 2.601/DF). Com isso, a “*vinculação da Administração Pública passou a se dar em relação a um bloco mais amplo (...) que congrega não apenas as leis formais, mas também, e sobretudo, a Constituição*” (BARROSO, 2009b, p. 669). Desse modo, “*mesmo na ausência de ordem ou autorização específica de lei formal, a Administração poderá estar obrigada a agir por conta de imposições diretamente extraídas do texto constitucional*” (BARROSO, 2009b, p. 669).

Dessa concepção, emerge a possibilidade da produção de regulamentos voltados à concretização de princípios e direitos fundamentais com fundamento direto na Constituição. Essa ideia decorre da própria natureza das normas constitucionais como “*normas jurídicas, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que contemplam*” (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 27). Nesse sentido, o poder regulamentar é capaz de concretizar a Constituição e impulsionar uma efetividade que já lhe seria inerente. Assim, nas palavras do Ministro Barroso, o regulamento, em tais casos, “*faz valer, dá efetividade, concretiza a Constituição diretamente, sem intermediação legislativa*” (BRASIL, 2019a – ADI nº 4.615/CE).

Essa função do poder regulamentar é importante porque há situações em que serve à concretização de pautas constitucionais que, mesmo apoiadas pela maioria da população, não têm acolhida no processo legislativo ordinário. Um exemplo lembrado pelo Ministro Luís Roberto Barroso é o da resolução do Conselho Nacional de Justiça que proibiu o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário (BARROSO, 2018a, p. 2.205), concretizando diretamente os princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade, bem como o direito fundamental à boa governança pública (BARROSO, 2018b, p. 44). O Supremo Tribunal Federal, na ADC nº 12/DF, considerou o regulamento constitucional e posteriormente estendeu a mesma vedação ao Executivo e ao Legislativo (BRASIL, 2008). Embora o julgamento tenha ocorrido anteriormente ao ingresso do Ministro na Corte, ele atuou no caso na qualidade de advogado e agora aplica o mesmo raciocínio na condição de juiz.

Nesse sentido, na ADI nº 3.239/DF, o Ministro Luís Roberto Barroso considerou válido o decreto que regulamenta o procedimento para titulação de terras ocupadas por remanescentes das comunidades quilombolas (BRASIL, 2018a). Ao enfrentar a alegação de que a matéria deveria ter sido disciplinada por lei, argumentou que o atual entendimento a propósito do princípio da legalidade “*permite ao administrador, por atos administrativos, concretizar diretamente a Constituição independentemente da interposição do legislador*” (BRASIL, 2018a – ADI nº 3.239/DF). Por esse motivo, concluiu que o regulamento era constitucional na medida em que “*disciplina, concretiza, um direito fundamental previsto no artigo 68 da Constituição e, [que,] por ser direito fundamental, tem aplicabilidade direta e imediata*” (BRASIL, 2018a – ADI nº 3.239/DF).

Na mesma linha, na ADI nº 4.263/DF, o Ministro Barroso julgou constitucional a resolução do Conselho Nacional do Ministério Público que regulamenta a utilização de interceptações telefônicas por promotores e procuradores de justiça (BRASIL, 2018b). Argumentou que o regulamento apenas concretizava um dever de sigilo que já seria exigível dos membros do Ministério Público pela própria Constituição, bem como dava concretude ao princípio constitucional da eficiência, ao uniformizar e padronizar procedimentos formais necessários à efetividade da atuação ministerial. Também foi relevante para a conclusão o fato de que a resolução não prejudicava direitos e garantias individuais dos investigados. Ao contrário, o regulamento estabelecia “*regras de autocontenção ao Ministério Público em favor dos direitos fundamentais*” (BRASIL, 2018b – ADI nº 4.263/DF).

Na ADI nº 4.615/CE, a qual teve por objeto lei estadual que estabelecia procedimentos ambientais simplificados para licenciamento de atividades de reduzido potencial poluidor, o Ministro Luís Roberto Barroso considerou válida resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente que permitiu aos entes subnacionais a regulação desse tema (BRASIL, 2019a). O Ministro ressaltou que a Constituição estabelece a competência legislativa concorrente

como uma característica do princípio federativo brasileiro aplicado à matéria ambiental. Nesse sentido, concluiu que o regulamento federal concretizou validamente o princípio federativo e “*retirando sua força de validade diretamente da Constituição Federal, permitiu que os Estados-membros estabelecessem procedimentos simplificados para as atividades e empreendimentos de pequeno potencial de impacto ambiental*” (BRASIL, 2019a – ADI nº 4.615/CE).

De modo similar, na ADPF nº 559/SP, o Ministro Barroso julgou constitucional decreto que estendeu a organizações sociais determinadas obrigações e restrições inerentes aos princípios constitucionais da Administração Pública (BRASIL, 2022c). Argumentou que as normas do regulamento “*devem ser reputadas legítimas, porque determinam a concretização da aplicação dos princípios da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência na atuação das organizações sociais*” (BRASIL, 2022c – ADPF nº 559/SP).

Desses votos, depreende-se que, na visão do Ministro Luís Roberto Barroso, há um campo legítimo para o regulamento na concretização de princípios constitucionais e de direitos fundamentais. Nesses casos, a legitimidade do regulamento advém diretamente da Constituição. Essa possibilidade alcança diversos segmentos da vida, abrangendo questões sociais, ambientais e até mesmo criminais, tangenciadas por normas constitucionais que, embora possam ser disciplinadas por lei, têm eficácia direta e imediata e, por isso, podem ser concretizadas pela regulamentação administrativa, sem a intermediação do legislador ordinário.

1.3. Disciplina da organização e do funcionamento da Administração Pública

Paralelamente às reformulações dogmáticas da legalidade administrativa, o próprio texto constitucional estabelece um campo em que é possível a expedição de regulamentos independentemente de lei. Na redação original, a Constituição já admitia que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário disciplinassem, por ato próprio, a sua organização e funcionamento interno, dispensando o processo legislativo. A Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, estendeu essa possibilidade ao Poder Executivo. O artigo 84, inciso VI, da Constituição passou a prever que o Presidente da República pode dispor, mediante decreto, sobre a “*organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos*” e sobre a “*extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos*” (BRASIL, 1988). Isso autorizou o Presidente a expedir decretos de organização administrativa sem a necessidade de lei, e sem prejuízo do poder de editar atos regulamentando a legislação preexistente, nos termos do artigo 84, inciso IV, da Constituição.

A EC nº 32/2001 reativou as discussões sobre a existência ou não de uma reserva de regulamento no Brasil, isto é, um campo imune à intervenção legislativa e somente disciplinável pela via regulamentar. O debate é anterior à Constituição, mas estava adormecido em função da sua redação original que estabelecia que os decretos de organização administrativa somente poderiam ser editados “*na forma da lei*”. A emenda constitucional suprimiu essa expressão e, com isso, dividiu novamente a doutrina acerca do assunto (CYRINO, 2016). Embora ainda não exista uma posição conclusiva do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema, a Corte já julgou casos em que o Poder Executivo utilizou regulamentos para disciplinar aspectos relevantes da organização e do funcionamento da Administração Pública brasileira, com contribuições importantes do Ministro Luís Roberto Barroso.

Nesse sentido, na ADI nº 2.601/DF, o Ministro Barroso julgou constitucional o decreto que alterava a estrutura administrativa da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), modificando, inclusive, aspectos organizacionais estabelecidos na própria lei que instituiu a autarquia (BRASIL, 2021b). Ao enfrentar a alegação de que o regulamento seria inválido por alterar uma lei em vigor, o Ministro argumentou que o “*princípio da preferência legal (...), não me parece se aplicar (...) [a] normas de organização de autarquia federal*” (BRASIL, 2021b – ADI nº 2.601/DF). Assim, por não reconhecer uma preferência da lei em relação ao regulamento em matéria de organização administrativa, admitiu as alterações da lei instituidora da entidade autárquica por meio do decreto.

Para além da organização administrativa propriamente dita, o Ministro Luís Roberto Barroso também já admitiu o uso do regulamento para disciplinar outros aspectos do funcionamento da Administração Pública, a exemplo do procedimento para a celebração de contratos públicos. O tema já havia sido abordado pelo Ministro em sede doutrinária, onde afirmou que “*em matéria de licitações, não é indispensável que a lei (formal ou material) regule todos os aspectos possíveis da questão*”, sendo possível a regulamentação administrativa, “[s]alvo, é claro, se, a pretexto de dispor sobre um procedimento licitatório, forem veiculadas normas incompatíveis com os fins constitucionais associados à licitação” (BARROSO, 2009c, p. 314).

Com base nessas ideias, o Ministro Barroso, na ADI nº 1.668/DF, considerou válido dispositivo de lei que autorizava a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) a disciplinar as modalidades especiais de licitação a que submetida (BRASIL, 2021a). A maioria do Supremo Tribunal Federal entendeu que tal delegação legislativa seria inconstitucional e que os novos tipos de procedimentos licitatórios instituídos em lei somente poderiam ser disciplinados pelo próprio legislador. Em sentido diverso, o Ministro não vislumbrou inconstitucionalidade desde que garantida a “*observância das diretrizes e dos limites previstos na lei como condição de legitimidade dos atos normativos praticados no exercício da função reguladora*” (BRASIL, 2021a – ADI nº 1.668/DF).

Na mesma linha, na ADI nº 5.942/DF, o Ministro julgou constitucional o decreto que, na ausência de exigência legal de licitação, regulamentou um procedimento específico para a cessão de direitos de exploração, desenvolvimento e produção de combustíveis (BRASIL, 2020c). Argumentou que o ato era válido por “*estabelece[r] um padrão de comportamento para a cessão desses contratos*” e “*umenta[r] os cuidados e a transparência dessa operação de cessão*” em resposta a um “*conjunto espantoso de desmandos que ocorreram na Petrobras, e que a Lei de Licitações não foi capaz de evitar*” (BRASIL, 2020c – ADI nº 5.942/DF).

Desses votos, depreende-se que, na visão do Ministro Luís Roberto Barroso, há um campo legítimo para o regulamento na disciplina da organização e do funcionamento da Administração Pública (inclusive indireta). É verdade que o Ministro Barroso não se manifestou explicitamente pela existência de uma reserva de regulamento, isto é, casos em que o regulamento teria exclusividade no tratamento da matéria⁴. Todavia, além de ter admitido que o regulamento derrogasse disposição legal (caso da CVM), o Ministro deixou entender não ser exigível uma regulação legal exauriente no âmbito da organização e funcionamento administrativo. Nessa temática, há espaço para a regulamentação administrativa até mesmo sem a intermediação do legislador. No seu entendimento, a lei, nessa seara, não goza de preferência, e o regulamento pode, inclusive, contribuir para a consecução de objetivos de interesse público que, isoladamente, a ação do legislador não é capaz de realizar.

2. DECISÕES PRÓ-LEI E OBJEÇÕES AO REGULAMENTO

2.1. Regulação de assuntos para os quais não haja consenso técnico-científico estabelecido e controle da regulamentação administrativa sobre questões técnicas

Como visto na primeira parte desse trabalho, no entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso, leis podem ser inconstitucionais por desconsiderarem juízos técnicos da Administração e interferirem de forma indevida em procedimentos de natureza tipicamente administrativa (ADI nº 5.501/DF). Na mesma trilha, para o Ministro, há casos em que, mesmo

4 Em apertada síntese, existem três correntes doutrinárias a respeito do assunto: (i) a primeira nega a existência de regulamentos autônomos ou independentes em relação à lei em sentido formal e defende que o legislador pode dispor sobre todas as matérias, incluindo a organização da administração; (ii) a segunda sustenta que existe um poder regulamentar autônomo e uma reserva de administração imune à lei em matéria de organização administrativa, ou seja, reconhece que somente o administrador, através de atos infralegais, pode disciplinar a organização da administração; e (iii) a terceira, apesar de admitir a disciplina da organização administrativa diretamente por regulamentos, sem a necessidade de lei, rechaça a tese de que seria vedado ao legislador dispor sobre o assunto e afirma, inclusive, a preeminência da legislação em relação aos atos do administrador (BINENBOJM, 2014, p. 175-176). Nos julgados analisados nesse texto, não identificamos uma opção explícita do Ministro Barroso por uma ou outra posição desse debate. No entanto, verificamos que, no caso da CVM, o Ministro, implicitamente, afastou a primeira e contrariou, ao menos em parte, a terceira corrente, ao afirmar que a lei não tem preferência sobre o regulamento em matéria de organização e funcionamento da administração.

não sendo inconstitucional a disciplina por lei, pode ser desejável a delegação legislativa a instituições especializadas externas ao Congresso, a fim de que algumas matérias sejam reguladas de acordo com critérios técnicos e não políticos (ADI nº 4.947/DF). As questões técnicas delimitam, portanto, um terreno propenso à expansão do poder regulamentar, onde o argumento sobre as capacidades institucionais envolvidas, ainda que passível de crítica, ganha força contra a atuação do legislador e em favor da regulamentação administrativa (CYRINO, 2018, p. 252).

No entanto, quando a técnica não dá respostas unívocas sobre um determinado assunto, a situação pode mudar de figura. Nesse sentido, na ADI nº 5.779/DF, o Ministro Luís Roberto Barroso divergiu da maioria e julgou constitucional a lei que autorizava a produção, a comercialização e o consumo de substâncias inibidoras de apetite que anteriormente haviam sido proibidas pela ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária (BRASIL, 2021c). Esclareceu que, naquele caso, *“saber se a lei é válida ou não depende de uma questão técnica de saber se há consenso médico ou não de que a substância é nociva à saúde”* (BRASIL, 2021c – ADI nº 5.779/DF). Para o Ministro, mesmo quando se tratar de assunto de natureza técnica, a lei pode preponderar sobre o regulamento de uma agência reguladora *“se não houver consenso médico-científico; e não pode, se houver consenso médico-científico”* (BRASIL, 2021c – ADI nº 5.779/DF). Apenas nesse último caso, a lei pode ser considerada inconstitucional, *“não propriamente por [desrespeitar] um ato emanado da Anvisa, mas [por violar a] norma constitucional que protege o direito à vida e à saúde”* (BRASIL, 2021c – ADI nº 5.779/DF).

Com base nessa premissa, o Ministro entendeu que a lei em questão era válida porque entendeu inexistir consenso médico-científico contrário ao uso dos inibidores de apetite. A partir de informações prestadas pelo Ministro Relator Nunes Marques, observou que *“essas substâncias são aprovadas pelo FDA (...) e pela Agência Europeia [o que], [s]e confirmado, significa que não há consenso médico em detrimento da [sua] utilização”* (BRASIL, 2021c – ADI nº 5.779/DF). Além disso, ponderou que *“a aprovação da lei foi precedida de amplo debate no Congresso Nacional, com manifestação de inúmeras sociedades médicas a respeito do tema, favoráveis, todas essas instituições, à liberação”* (BRASIL, 2021c – ADI nº 5.779/DF). Assim, concluiu que a lei era constitucional por *“expressa[r] [o] consenso médico que se formou no debate no Congresso Nacional”* (BRASIL, 2021c – ADI nº 5.779/DF).

Além de não interditar completamente a atividade legislativa, o fato de determinada matéria envolver conhecimentos especializados em determinado segmento científico também não impede o Congresso de fiscalizar a motivação técnica e a finalidade dos regulamentos expedidos pelo Poder Executivo, controlando eventuais abusos do poder regulamentar, por meio de decretos legislativos editados com fundamento no artigo 49, inciso V, da Constituição.

Como exposto pelo autor Luís Roberto Barroso, a validade dos regulamentos administrativos depende de “*motivação e fundamentação técnico-científica adequadas, capazes de demonstrar, racionalmente, as razões que conduziram às decisões tomadas*” (PERTENCE; BARROSO, 2015, p. 292), as quais devem estar relacionadas à finalidade específica a ser perseguida pelo ato. Quando isso não acontece, o Poder Judiciário pode invalidar os regulamentos e o Poder Legislativo pode suspender a eficácia desses atos.

Baseando-se nessa ideia, o Ministro Barroso, na ADI nº 5.447/DF e na ADPF nº 389/DF, considerou válido decreto legislativo que sustou os efeitos de portaria do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e do Ministério do Meio Ambiente que havia suspenso temporariamente o período de defeso da pesca de algumas espécies de peixes em 2015, em razão de vícios aparentes nos motivos e na finalidade buscada pelo regulamento (BRASIL, 2020a).

Embora a legislação ambiental tenha delegado ao Poder Executivo a definição dos períodos do seguro-defeso, entendeu-se que a decisão do Congresso Nacional foi fundamentada na percepção de que o regulamento não teria sido editado com lastro em critérios técnico-ambientais. Diversamente, a portaria teria o intuito de reduzir as despesas da União com o pagamento do benefício do seguro-defeso, em virtude da grave crise econômica então enfrentada pelo país, sem ter havido a comprovação quanto à efetiva desnecessidade do regime especial de proteção ambiental no período. Desse modo, o Ministro concluiu pela invalidade do regulamento, uma vez que:

[a] competência regulamentar, [que] segundo a dicção da própria lei, deve ser exercida para proteger os estoques pesqueiros do país, (...) foi utilizada com finalidade diversa, [com] claro desvio de finalidade (...) e, por conseguinte, abuso em seu exercício (BRASIL, 2020a – ADI nº 5.447/DF e ADPF nº 389/DF).

Desses votos, depreende-se que, no juízo do Ministro Luís Roberto Barroso, o teor de tecnicidade da matéria regulada, embora autorize a expansão do poder regulamentar, não necessariamente exclui a atuação do Poder Legislativo. Na sua percepção jurídica, mesmo nos assuntos que envolvam conhecimentos especializados, a inexistência de consenso científico é argumento que pode autorizar, em certos casos, a atividade legislativa, com prevalência em relação ao disposto em regulamento, desde que seja baseada em entendimentos técnicos plausíveis e proteja adequadamente direitos fundamentais estabelecidos na Constituição, como os direitos à saúde e à vida – notadamente quando acompanhado de significativo debate público, como registrado no caso dos emagrecedores. Além disso, o Congresso deve fiscalizar a motivação técnica e a finalidade buscada por regulamentos

administrativos, podendo controlar eventuais abusos do poder regulamentar por meio de decretos legislativos.

2.2. Alteração da organização e do funcionamento da Administração Pública fora dos limites constitucionais

2.2.1 Limites decorrentes de reservas legais

Na primeira parte desse estudo, foi observado que o Presidente da República pode dispor, mediante decreto, sobre a organização e o funcionamento da Administração Pública. Nesse contexto, o Ministro Luís Roberto Barroso entende que, em princípio, não há uma preferência da lei em relação ao regulamento (ADI 2.601/DF), tampouco é necessário que o legislador esgote toda a disciplina relativa a procedimentos administrativos (ADI nº 1.668/DF). Para o Ministro, o regulamento não só pode ser utilizado para esse fim, como também é apto a proporcionar a consecução de objetivos de interesse público que, isoladamente, a lei não foi capaz de realizar (ADI nº 5.942/DF).

Nada obstante, também no campo da organização administrativa, há limites constitucionais ao regulamento. Alguns são bem objetivos porque se relacionam com matérias textualmente reservadas pelo texto constitucional ao legislador. Por exemplo, a própria Constituição estabelece que somente a lei pode tratar do regime remuneratório dos funcionários públicos (art. 37, X, CRFB). Quando esses limites expressamente estabelecidos no texto constitucional são ultrapassados (como ocorre com as reservas de lei específicas), há uma incompatibilidade objetiva entre os regulamentos e a Constituição, o que facilita o controle de constitucionalidade desses atos.

Nesse sentido, na ADI nº 5.609/DF, por exemplo, o Ministro Barroso julgou inconstitucional decreto que, sem respaldo em lei, aumentava a remuneração de servidores por meio da vinculação do seu salário ao de outra categoria do funcionalismo, o que, além de violar a reserva legal existente na matéria, também é especificamente vedado pelo artigo 37, XIII, da Constituição (BRASIL, 2020b). Assim, concluiu pela invalidade do regulamento e argumentou justamente que *“embora a Constituição Federal tenha atribuído ao chefe do Poder Executivo a iniciativa privativa para dispor sobre o aumento da remuneração dos servidores públicos (...) ela exige que isso seja feito mediante lei”* (BRASIL, 2020b – ADI nº 5.609/DF).

2.2.2 Limites decorrentes da reação a posturas autoritárias

Apesar de a Constituição estabelecer, em alguns casos, parâmetros objetivos para o controle de constitucionalidade de decretos, mormente nas hipóteses de reserva legal, a revisão constitucional desses atos nunca foi algo

simples. A dificuldade começa pelo fato de que a jurisprudência tradicional do Supremo Tribunal Federal é resistente a controlar a validade de normas infralegais, associando os seus defeitos a problemas de (i)legalidade e não de (in)constitucionalidade. Trata-se de entendimento relacionado à visão dos decretos como atos precipuamente destinados à regulamentação de leis. Desse modo, como observado em trabalho acadêmico do Ministro Luís Roberto Barroso, tem-se uma orientação de que, como regra, “*não se estabelece confronto direto entre eles e a Constituição*” (BARROSO, 2014, p. 204). Isso porque:

ou o ato administrativo está em desconformidade com a lei que lhe caiba regulamentar, o que caracterizaria ilegalidade e não inconstitucionalidade; (...) ou é a própria lei que está em desconformidade com a Constituição, situação em que ela é que deverá ser objeto de impugnação (BARROSO, 2014, p. 204).

Atualmente, a realidade aponta para uma alteração dessa perspectiva. Cada vez mais, reconhece-se que, assim como existem decretos que podem ser editados com fundamento direto na Constituição, visando à concretização de princípios e direitos fundamentais sem a intermediação do legislador, esses atos também podem violar diretamente o texto constitucional, o que atrai a fiscalização do Supremo Tribunal Federal. Na verdade, hoje há uma tendência de ampliação do controle exercido pela Corte sobre os regulamentos, em contraste à referida jurisprudência tradicional que resistia a fazê-lo (SARMENTO, 2023). Esse movimento não é um fato isolado. Está inserido em um contexto mais amplo, em que a expansão da atividade normativa da Administração Pública é conjugada a tensões tanto democráticas quanto jurídicas.

Com efeito, a discussão sobre novas possibilidades e parâmetros de controle de constitucionalidade de regulamentos administrativos ocorre em momento no qual, como observado pelo Ministro Barroso, a teoria constitucional de diversos países descreve um processo de erosão da democracia, marcado por uma onda de governos considerados autoritários, populistas e extremistas em todo o mundo, incluindo o Brasil, durante o período em que governado por Jair Messias Bolsonaro (BARROSO, 2022). Tal questão está conectada ao poder regulamentar na medida em que, no entendimento do Ministro, entre as medidas que pavimentariam o caminho para o autoritarismo, estaria a concentração de poderes normativos no Executivo e o by-pass das instituições intermediárias, que fazem a interface do povo com o governo, como o Legislativo (BARROSO, 2022, p. 6 e 10).

Com base nessa leitura, houve quem identificasse, durante o governo passado, um “*infralegalismo autoritário*” (VILHENA; GLEZER; BARBOSA, 2022). A expressão é utilizada para designar a implementação de agendas

populistas e autoritárias por meio de atos infralegais, administrativos e parainstitucionais, incluindo-se, nesse espectro, a edição de decretos destinados a desgastar ou neutralizar direitos e valores constitucionais, fora do âmbito de controle do Poder Legislativo (VILHENA; GLEZER; BARBOSA, 2022, p. 592). Esse método seria diferente de outros fenômenos relacionados à referida crise democrática, como o “*constitucionalismo abusivo*” (LANDAU, 2013) e o “*legalismo autocrático*” (SCHEPPELE, 2018), exatamente por ser veiculado por normas infralegais, e não por reformas constitucionais ou leis em sentido formal. Reativamente, o Supremo Tribunal Federal intensificou, nesse período, o controle de constitucionalidade desses atos, com importantes contribuições do Ministro Luís Roberto Barroso.

Uma das primeiras oportunidades em que a questão se colocou foi no julgamento da ADI nº 6.121/DF, que teve por objeto decreto que extinguiu centenas de colegiados da administração federal, incluindo conselhos e comitês destinados a permitir a participação social no governo (BRASIL, 2019b). O Supremo Tribunal Federal formou maioria para suspender cautelarmente o regulamento apenas no que tange a colegiados que contassem com menção na legislação em sentido formal. A Corte entendeu que, por serem mencionados em lei, somente o Congresso poderia extinguir esses conselhos. Com voto divergente, o Ministro Luís Roberto Barroso, embora tenha anuído com essa tese, foi além, e entendeu que, paralelamente à questão meramente formal, que viciava somente uma parte do decreto, o regulamento, como um todo, seria materialmente incompatível com a Constituição.

O Ministro afirmou que o decreto violava o princípio republicano, na “*dimensão de exigência de uma transparência mínima*”, por promover “*a extinção indiscriminada de todos os conselhos, sem identificação nominal de qualquer um deles*” (BRASIL, 2019b – ADI nº 6.121/DF). Argumentou, ainda, que o regulamento não atendia ao princípio da proporcionalidade, por não ter ponderado a finalidade específica de cada colegiado extinto e realizado, em lugar disso, a “*extinção ampla, geral e irrestrita de supostamente setecentos conselhos, inclusive alguns que são decisivos para a proteção de direitos fundamentais (...) [e] de grupos vulneráveis*” (BRASIL, 2019b – ADI nº 6.121/DF). Desse modo, concluiu que:

o Presidente da República pode sim extinguir conselhos que, fundamentadamente, considere desnecessários, inoperantes, ineficazes[, porém] o ato que extingue a todos indistinta e indiscriminadamente [é inconstitucional porque] carece de transparência e afeta direitos fundamentais (BRASIL, 2019b – ADI nº 6.121/DF).

Na mesma trilha, na ADPF nº 622/DF, o Ministro Luís Roberto Barroso considerou inconstitucionais dispositivos de decreto que alterava a organização do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente (BRASIL,

2021d). Em resumo, o ato reduzia o número de membros e sessões do conselho, bem como modificava o método de escolha dos representantes da sociedade civil integrantes do colegiado. Nesse ponto, o regulamento alterava a indicação por meio de assembleia específica do próprio conselho por um processo seletivo conduzido pelo Poder Executivo, estabelecendo caber ao Presidente da República designar o Presidente do colegiado, a quem seria conferido o “*voto de qualidade*” nas suas deliberações. Em virtude dessas alterações, todos os membros do conselho foram destituídos, ainda no curso dos seus mandatos, visando à seleção de novos conselheiros de acordo com as regras então estabelecidas.

Diante dessas modificações, o Ministro anotou que “*encontram limite na Constituição e nas leis*” os atos discricionários derivados da competência do “*Presidente da República (para) exercer a direção superior da administração pública federal, bem como dispor sobre a organização e o funcionamento dos órgãos do Executivo*” (BRASIL, 2021d – ADPF nº 622/DF). Com base nessa premissa, ressaltou que o decreto em questão promovia alterações incompatíveis com a Constituição, a qual exige a efetiva participação de organizações da sociedade civil na matéria como forma de “*assegurar a proteção integral e prioritária às crianças e adolescentes, por meio da incorporação de diferentes perspectivas e grupos na formulação e no controle de políticas públicas*” (BRASIL, 2021d – ADPF nº 622/DF). As mudanças também foram consideradas contrárias à lei que instituiu o colegiado e “*entregou ao próprio Conselho a atribuição de dispor sobre seu funcionamento, nela incluídos os critérios de escolha de seu presidente e a seleção dos representantes das entidades da sociedade civil*” (BRASIL, 2021d – ADPF nº 622/DF).

Nesse sentido, o Ministro concluiu que o decreto em questão, “*na prática, esvaziza e inviabiliza [a] participação [social] (...) [e acaba] por conferir ao Executivo o controle da composição e das decisões do Conanda*”, razão pela qual propôs a tese de que “*é inconstitucional norma que, a pretexto de regulamentar, dificulta a participação da sociedade civil em conselhos deliberativos*” e destacou a necessidade de evitar a “*interpretação ou a alteração do ordenamento jurídico, de forma a concentrar poderes no Chefe do Executivo e a desabilitar agentes que exercem controle sobre a sua atuação*” (BRASIL, 2021d – ADPF nº 622/DF).

Em sentido similar, na ADPF nº 651/DF, o Ministro Luís Roberto Barroso considerou inconstitucionais dispositivos de decretos que alteravam a composição do Conselho Deliberativo do Fundo Nacional do Meio Ambiente e do Conselho Nacional da Amazônia Legal e extinguíam o Comitê Orientador do Fundo Amazônia, excluindo a participação de Governadores e membros da sociedade civil nesses mecanismos de formulação e controle de políticas ambientais (BRASIL, 2022b).

O Ministro argumentou que esses decretos eram incompatíveis com a Constituição, por estarem “*interferindo no direito fundamental à proteção ambiental e no direito de participação da sociedade em um retrocesso à situação preexistente*” (BRASIL,

2022b – ADPF nº 651/DF). Os atos foram relacionados a “*alterações normativas que, olhadas individualmente, não afrontam a Constituição, mas, progressivamente, tijolo por tijolo, desconstruem pilares da democracia, especialmente o direito à participação popular*” (BRASIL, 2022b – ADPF nº 651/DF). Assim, de um lado, arrematou afirmando que “*é inconstitucional norma que, a pretexto de regulamentar, exclui a participação da sociedade civil no Conselho Deliberativo do Fundo Nacional do Meio Ambiente*” (BRASIL, 2022b – ADPF nº 651/DF). E, de outro, asseverou que:

o princípio federativo assegura aos estados que compõem a Amazônia Legal o direito de representação no Conselho Nacional da Amazônia Legal, [sendo] inconstitucional a extinção pura e simples do Comitê Orientador do Fundo Amazônia, eliminando a participação de governadores e da sociedade civil do monitoramento das suas iniciativas (BRASIL, 2022b – ADPF nº 651/DF).

Desses votos, depreende-se que, na visão do Ministro Luís Roberto Barroso, os limites ao poder de organização administrativa por meio de decretos não se resumem às hipóteses objetivas em que a Constituição veda o tratamento da matéria por esta via e/ou exige a edição de lei em sentido formal. Há restrições que derivam de uma pauta mais ampla de valores constitucionais, ligados, sobretudo, ao sistema de direitos fundamentais e ao princípio democrático. Assim, podem ser inconstitucionais decretos que, mediante alterações na organização da administração, expressem posturas autoritárias e restrinjam excessivamente o funcionamento de estruturas criadas para a promoção de direitos fundamentais e da democracia deliberativa, com potencial desarticulação e retrocesso de políticas públicas legalmente estabelecidas para a concretização da Constituição⁵.

CONCLUSÃO

Aplicar o princípio da legalidade à complexa e multifacetada Administração Pública contemporânea não é uma tarefa simples. Determinar o sentido atual da legalidade administrativa pressupõe, de um lado, preservar uma conquista política e jurídica histórica, inerente à própria noção de Estado de Direito (LEAL, 1945, p. 374), e, de outro, assegurar a capacidade criativa de administradores, que, inclusive no campo normativo, devem possuir

5 Essa ordem de ideias foi compartilhada por outros membros do Supremo Tribunal Federal, com citação às manifestações do Ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento de ações que tiveram por objeto outros decretos editados durante o governo passado. Nesse sentido, na ADPF nº 607/DF, o Tribunal, sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli, julgou inconstitucional o decreto que transferia cargos do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura para o Ministério da Economia, exonerava os seus ocupantes e transformava em não remunerada a atuação no órgão (BRASIL, 2022a). Na mesma linha, na ADPF nº 623/DF, a Ministra Rosa Weber suspendeu monocraticamente a aplicação de decreto que alterava a composição do Conselho Nacional do Meio Ambiente, com redução da representação de entidades ambientalistas e entes subnacionais (BRASIL, 2021e).

algum grau de vida própria em relação ao legislador (SUNDFELD, 2014, p. 236-237). Entre a defesa do direito administrativo da *aplicação da lei de ofício* (FAGUNDES, p. 1967, p. 16-17) e da *administração pública sem lei*, há de existir um equilíbrio. Nessa matéria, portanto, “*não há espaço para radicalismos ou soluções extremadas*”, como já afirmou o Professor Luís Roberto Barroso, em trabalho em coautoria com Sepúlveda Pertence (2015, p. 288).

Essa aversão a soluções radicais ou extremas no tocante à aplicação do princípio da legalidade na atualidade pode ser identificada nos votos que o Ministro Barroso emitiu sobre o tema no Supremo Tribunal Federal. Tais manifestações evidenciam que o Ministro não adota uma leitura binária acerca da legalidade administrativa. As suas decisões não são pautadas apenas por uma noção estática de reservas legislativas ou de outros critérios formais que delimitem um domínio próprio da lei e, por exclusão, do regulamento. Ao contrário, suas opiniões revelam uma compreensão dinâmica acerca das possibilidades e limites do poder regulamentar, determinados, em cada situação concreta, à luz de parâmetros materiais extraídos da Constituição.

Nesse sentido, os julgados analisados nesse texto demonstram uma posição ambivalente do Ministro Barroso a respeito dos impactos da expansão dos regulamentos administrativos sobre o princípio da legalidade. Em conjunto, as suas decisões, se reconhecem, por exemplo, um campo propício ao regulamento na disciplina de matérias técnicas e tipicamente administrativas, também resguardam a atuação do legislador quando coerente com os consensos científicos e direcionada à fiscalização da adequação técnica da regulação administrativa. Se, por um lado, admitem a concretização de regras e princípios constitucionais por regulamentos expedidos com fundamento direto na Constituição, por outro lado, reconhecem que esses mesmos atos também podem violá-la diretamente. E, por esse motivo, se, numa banda, permitem ao regulamento dispor sobre a organização da administração, estabelecem, em outra ponta, limites constitucionais, não apenas em decorrência de reservas legislativas, mas também em reação a posturas autoritárias veiculadas por atos infralegais.

Além de buscar o equilíbrio na relação entre lei e regulamento na atual quadra da legalidade administrativa, essa abordagem desformaliza a discussão sobre a legitimidade jurídica do exercício concreto de um poder regulamentar tendente a se expandir. Como há muito observado por Victor Nunes Leal, o roteiro para esse debate está estabelecido na Constituição (1945, p. 382-383). Porém, afora as poucas situações objetivamente previstas no texto constitucional, o foco da questão parece não mais residir, somente, em saber se determinada matéria pode ser formalmente disciplinada por regulamento ou se demanda a edição de lei em sentido formal. Também parece ter menos relevância verificar se determinado ato administrativo normativo se destina a regulamentar a legislação ou se extrai fundamento

direto do texto constitucional. O que cada vez mais interessa, em boa parte dos casos, é saber se a Constituição está sendo materialmente cumprida. E os regulamentos, antes identificados com a fiel execução das leis, voltam-se, certo modo, à fiel execução da Constituição.

O resultado dessa abordagem é que, proporcionalmente ao alargamento do poder regulamentar e da vinculação administrativa à Constituição, crescem a demanda e a oferta do controle de constitucionalidade sobre os regulamentos, antes apenas cotejados com a legislação que deveriam esmiuçar e não com o texto constitucional. Esse incremento da controlabilidade constitucional do poder regulamentar atende a preocupações democráticas contemporâneas acerca da concentração de poderes normativos no Poder Executivo, limitando o seu uso abusivo. No entanto, como uma outra face da mesma moeda, o robustecimento da supervisão constitucional amplia a legitimidade e as possibilidades da regulamentação administrativa, pois, à medida em que se incrementam os caminhos de controle, pode-se argumentar que se diminuem as chances de arbítrio pelo administrador (CYRINO, 2018, p. 253-255).

As repercussões práticas e teóricas desse e de outros fenômenos associados à expansão da atividade normativa da Administração Pública, incluindo as respectivas respostas por parte do Supremo Tribunal Federal, deverão ser acompanhadas de perto. Naturalmente, o Ministro Luís Roberto Barroso, dentro e fora da Corte, terá oportunidades de nos oferecer importantes contribuições para a melhor compreensão e enquadramento constitucional da matéria.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Patrícia. A crise da legalidade formal e as novas formas de legitimação do Estado de Direito contemporâneo. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 57, p. 278-296, 2003.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 3, p. 25-65, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 197, p. 30-60, jul./set. 1994.

_____. Agências reguladoras, Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 229, p. 285-311, jul./set. 2002.

_____. Apontamentos sobre o princípio da legalidade (delegações legislativas, poder regulamentar e repartição constitucional das competências legislativas). In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. t. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 165-188 (2009a).

_____. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2.171-2.228, 2018 (2018a).

_____. Legitimidade da resolução do CNJ contra o nepotismo no Judiciário: petição da ação declaratória de constitucionalidade. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. t. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 651-680 (2009b).

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, p. 43-92, 2006.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Populismo, autoritarismo e resistência democrática: as cortes constitucionais no jogo do poder. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, Ahead of print, p. 1-34, 2022.

_____. Regime jurídico da Petrobras, delegação legislativa e poder regulamentar: validade constitucional do procedimento licitatório simplificado instituído pelo decreto nº 2.745/98. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. t. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 295-323 (2009c).

_____. Trinta anos de Constituição: A república que ainda não foi. In: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos (Coords.). *A república que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da escola de direito constitucional da UERJ*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 35-54 (2018b).

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <<https://acesse.one/RkijB>>. Acesso em: 24 mai. 2023.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

CYRINO, André. *Delegações legislativas, regulamentos e Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão. *ADC 12/DF*. Ação direta de constitucionalidade, ajuizada em prol da Resolução nº 07, de 18.10.05, do Conselho Nacional de Justiça. [...] Procedência do pedido. Relator Ministro Carlos Britto, 20 de agosto de 2008. Disponível em: <<https://encurtador.com.br/lwS38>>. Acesso em: 24 mai. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão. *ADI 1.668/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Geral de Telecomunicações. [...] Ação direta conhecida em parte e, na parte conhecida, julgada parcialmente procedente. Relator Ministro Edson Fachin, 23 de março de 2021 (2021a). Disponível em: <<https://encurtador.com.br/uwJSY>>. Acesso em: 24 mai. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão. *ADI 2.601/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Medida provisória 8, de 31/10/2001, convertida na Lei 10.411/2022. Decreto 3.995/2001. [...] Ação direta julgada improcedente. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, 19 de agosto de 2021 (2021b). Disponível em: <<https://encurtador.com.br/abctw>>. Acesso em: 24 mai. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão. *ADI 3.169/SP*. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei que interfere sobre atribuições de Secretaria de Estado em matéria sujeita à reserva de Administração. Relator Ministro Marco Aurélio. Relator para Acórdão Ministro Roberto Barroso, 11 de dezembro de 2014 (2014a). Disponível em: <<https://encurtador.com.br/iwIX6>>. Acesso em: 24 mai. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão. *ADI 3.239/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Decreto nº 4.887/2003. Procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos. [...] Improcedência da ação. Relator Ministro Cezar Peluso. Relatora para Acórdão Ministra Rosa Weber, 8 de fevereiro de 2018 (2018a). Disponível em: <<https://encurtador.com.br/hklzL>>. Acesso em: 24 mai. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão. *ADI 4.263/DF*. Constitucional. Resolução do CNMP. Interceptação telefônica. Relator Ministro Roberto Barroso, 25 de abril de 2018 (2018b). Disponível em: <<https://encurtador.com.br/efguD>>. Acesso em: 24 mai. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão. *ADI 4.615/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Direito ambiental e constitucional. Federalismo e respeito às regras de repartição de competências legislativas. Lei estadual que versa sobre procedimentos ambientais simplificados. Lei nº 14.882, de 27.01.2011, do Estado do Ceará. [...] Precedentes. Relator Ministro Roberto Barroso, 20 de setembro de 2019 (2019a). Disponível em: <<https://encurtador.com.br/cGKL8>>. Acesso em: 24 mai. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão. *ADI 4.947/DF, 4.963/PB, 4.965/PB, 5.020/DF e 5.028/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Direito constitucional eleitoral. Art. 1º, caput e parágrafo único, da Lei Complementar nº 78/1993. Definição da representação dos Estados e do Distrito Federal na Câmara dos Deputados. [...] Invasão de competência. Relator Ministro Gilmar Mendes. Relatora para Acórdão Ministra Rosa Weber, 1º de julho de 2014 (2014b). Disponível em: <<https://encurtador.com.br/lGRVW>>. Acesso em: 24 mai. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão. *ADI 5.447/DF e ADPF 389/DF*. Direito ambiental. Ação direta de inconstitucionalidade. Suspensão do período de defeso por ato do Executivo. Violação ao princípio da precaução. Ameaça à fauna brasileira, à segurança alimentar e à pesca artesanal. Relator Ministro Roberto Barroso, 22 de maio de 2020 (2020a). Disponível em: <<https://encurtador.com.br/aJSV7>>. Acesso em: 24 mai. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão. *ADI 5.501/DF MC. Saúde. Medicamento*. Ausência de Registro. Relator Ministro Marco Aurélio, 19 de maio de 2016. Disponível em: <<https://encurtador.com.br/eqQUZ>>. Acesso em: 24 mai. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão. *ADI 5.609/DF*. Direito constitucional e administrativo. Ação direta de inconstitucionalidade. Decreto estadual de natureza autônoma, que estabelece vinculação de remunerações de servidores públicos. Reserva de lei e expressa vedação constitucional. Relator Ministro Roberto Barroso, 7 de dezembro de 2020 (2020b). Disponível em: <<https://encurtador.com.br/elrF0>>. Acesso em: 24 mai. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão. *ADI 5.779/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 13.454/2017. Produção e comercialização de medicamentos. [...] Proibição da proteção deficiente. Proibição do retrocesso. Pedido julgado procedente. Relator Ministro Nunes Marques. Relator para Acórdão Ministro Edson Fachin, 14 de outubro de 2021 (2021c). Disponível em: <<https://encr.pw/7P3LM>>. Acesso em: 24 mai. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão. *ADI 5.942/DF*. Competência legislativa. Normas gerais. Licitação e contratação. Cessão de direitos de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos pela Petrobrás. [...] Ação conhecida e julgado improcedente o pedido. Relator Ministro Marco Aurélio. Relator para Acórdão Ministro Luiz Fux, 13 de outubro de 2020 (2020c). Disponível em: <<https://encr.pw/fmedS>>. Acesso em: 24 mai. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão. *ADI 6.121/DF MC*. Processo objetivo. Controle de constitucionalidade. Liminar. Deferimento parcial. Relator Ministro Marco Aurélio Melo, 13 de junho de 2019 (2019b). Disponível em: <<https://11nq.com/jEaAd>>. Acesso em: 24 mai. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão. *ADPF 607/DF*. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Decreto nº 9.831, de 11 de junho de 2019, que alterou o Decreto nº 8.154, de 16 de dezembro de 2013. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). [...] Arguição de descumprimento fundamental julgada procedente, na parte de que se conhece. Relator Ministro Dias Toffoli, 28 de março de 2022 (2022a). Disponível em: <<https://11nq.com/rFAhJ>>. Acesso em: 24 mai. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão. *ADPF 622/DF*. Direito da criança e do adolescente. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Decreto nº 10.003/2019. Composição e funcionamento do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente – Conanda. Procedência parcial do pedido. Relator Ministro Roberto Barroso, 1º de março de 2021 (2021d). Disponível em: <<https://encr.pw/vE3yB>>. Acesso em: 24 mai. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. *ADPF 623/DF MC*. Relatora Ministra Rosa Weber, 17 de dezembro de 2021 (2021e). Disponível em: <<https://11nq.com/fD6jy>>. Acesso em: 24 mai. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão. *ADPF 651/DF*. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Direito constitucional ambiental. Medida Cautelar. Decreto presidencial nº 10.224,

de 5.2.2020 Exclusão da sociedade civil do Conselho Deliberativo do Fundo Nacional do Meio Ambiente. Decreto presidencial nº 10.239, de 11.2.2020. Exclusão dos Governadores do Conselho Nacional da Amazônia. Decreto presidencial nº 10.223, de 5.2.2020 Extinção do Comitê Orientador do Fundo Amazônia. Alegada afronta à proteção do meio ambiente e proibição do retrocesso ambiental. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente. Relatora Ministra Cármen Lúcia, 28 de abril de 2022 (2022b). Disponível em: <<https://11nq.com/CtAC7>>. Acesso em: 24 mai. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão. *APDF 559/SP*. Direito constitucional e administrativo. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Decreto estadual que fixa diretrizes para celebração de contratos de gestão entre a Administração Pública e organizações sociais. [...] Ofensa reflexa à Constituição Federal. Relator Ministro Roberto Barroso, 13 de junho de 2022 (2022c). Disponível em: <<https://11nq.com/7I2gH>>. Acesso em: 24 mai. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão. *RE 657.718/DF*. Direito Constitucional. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral. Medicamentos não registrados na Anvisa. Impossibilidade de dispensação por decisão judicial, salvo mora irrazoável na apreciação do pedido de registro. Relator Ministro Marco Aurélio. Relator para Acórdão Ministro Roberto Barroso, 22 de maio de 2019 (2019c). Disponível em: <<https://encr.pw/MJliI>>. Acesso em: 24 mai. 2023.

_____. Regulamento autônomo no Brasil: uma resposta às críticas. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ - RFD*, Rio de Janeiro, n. 30, p. 107-137, dez. 2016.

LANDAU, David. *Abusive Constitutionalism*. UC Davis Law Review, Davis, v. 47, p. 189-260, 2013.

LEAL, Victor Nunes. Lei e regulamento. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 1. n. 1, p. 371-396, 1945.

PERTENCE, Sepúlveda; BARROSO, Luís Roberto. Resolução da Anvisa que proíbe o uso nos cigarros de ingredientes que não oferecem risco à saúde. Invalidez formal e material da medida. Incompetência, desvio de finalidade e asfixia regulatória. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, p. 281-320, 2015.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SARMENTO, Daniel. Legados do STF em tempos de bolsonarismo: contendo boiadas sem individualismo. *O Globo*. Rio de Janeiro, 28 abr. 2023. Disponível em: <<https://acesse.one/q4Vo5>>. Acesso em: 16 mai. 2023.

SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic Legalism. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 95, p. 545-583, 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

VILHENA, Oscar; GLEZER, Rubens; BARBOSA, Ana Laura Pereira. Supremocracia e infralegalismo autoritário: O comportamento do Supremo Tribunal Federal durante o governo Bolsonaro. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 4, n. 3, p. 591-605, set./dez. 2022.

Recebido em: 25/09/2023

Aprovado em: 23/10/2023

DOSSIÊ

O MINISTRO ROBERTO BARROSO E A REVOLUÇÃO DA BREVIDADE: NOTAS PARA UMA TEORIA LITERÁRIA DA BOA ESCRITA

*JURÍDICA THE JUSTICE ROBERTO BARROSO
AND THE REVOLUTION OF BREVITY: REMARKS
UPON A LITERARY THEORY ON GOOD LEGAL
WRITING.*

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy¹

“É a qualidade do argumento e não o volume de palavras que faz a diferença”.

*“Chamar autorização do cônjuge de outorga uxória ou recurso extraordinário de
irresignação derradeira era sinal de elevada erudição. Hoje em dia, quem se expressa
assim é uma reminiscência jurássica”.*

Ministro Roberto Barroso²

1 Doutorado em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil(2002). Professor do Instituto de Educação Superior de Brasília, Brasil

2 Luis Roberto Barroso, A Revolução da Brevidade, in <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/a-revolucao-da-brevidade-luis-roberto-barroso/70514>, acesso em 29/10/2023.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Linhas gerais dos padrões decisórios do Ministro Barroso do ponto de vista da narrativa. 2. Exemplificação da boa escrita jurídica em três decisões do Ministro Barroso. 2.1. Recusa dos pais em vacinarem os filhos por motivo de convicção filosófica – ARE 1.267.879. 2.2. Convocação de audiência pública para discutir o Fundo Clima – ADPF 708. 2.3 Ensino Religioso nas Escolas Públicas- ADI-4.439-DF. Conclusão. Referências.

RESUMO: O ensaio enfatiza as concepções do Ministro Roberto Barroso em relação à redação jurídica. Brevidade, clareza, objetividade e simplicidade são objetivos que propiciam bons argumentos e decisões efetivas. Com o objetivo de se alcançar altos níveis de comunicação e compreensão a redação jurídica deve ser submetida a permanente escrutínio, com vistas à obtenção de clareza.

PALAVRAS-CHAVE: Ministro Roberto Barroso. Redação Jurídica. Teoria Literária. Direito e Literatura.

ABSTRACT: The paper emphasizes Justice Roberto Barroso's conception on legal writing. Brevity, clarity, objectivity and simplicity are goals that provide good arguments and effective decisions. In order to accomplish high levels of communication and comprehension legal writing has to be under permanent scrutiny.

KEYWORDS: Justice Roberto Barroso. Legal Writing. Literary Theory. Law and Literature.

INTRODUÇÃO

“A revolução da brevidade” é o título de um curtíssimo texto de Luís Roberto Barroso que circulou na *internet* há cerca de quinze anos³. O autor argumentava que o mundo jurídico se debatia tradicionalmente com a linguagem empolada, inacessível e prolixa. Recomendava petições curtas e objetivas. Criticava votos intermináveis que tomavam muito tempo em sessões dos tribunais. O problema continua. Hoje ministro do Supremo Tribunal Federal, Roberto Barroso empenha-se nessa “revolução da brevidade”, esforço que tomo como referência para uma teoria literária da boa escrita jurídica, tema do presente ensaio.

Com referência a três decisões do Ministro Roberto Barroso defendo que a escrita jurídica também é uma forma de expressão literária. A par do direito *na* literatura, que consiste em se alcançar aspectos jurídicos na literatura de ficção (FISH, 2003, CALVO GONZÁLEZ, 2006, 1998, 2002 e 1996, POSNER, 1998, BOYD WHITE, 1985, 1994), deve-se reconhecer que há também uma literatura *no* direito, isto é, pode-se fazer teoria e crítica literárias em textos jurídicos, que variam de decisões judiciais a petições e excertos de doutrina; há amplo campo de estudo no contexto discursivo das produções jurídicas, que é também essencialmente escrita. “A revolução da brevidade” pode ser um ponto de partida para esse campo de estudos.

Conceitualmente, recorre-se a antiga classificação aristotélica, referente às modalidades do discurso (tema de retórica). Ao lado de discursos deliberativos (proferidos em assembleias políticas, onde se aconselha ou desaconselha, identificando-se o útil e o nocivo) e de discursos epidícticos (centrados no ouvinte, a exemplo de orações fúnebres, instâncias de louvor ou de censura, quando se separa o nobre do vil), encontram-se também discursos judiciários (típicos dos tribunais, acusando-se ou defendendo-se, buscando o justo e o injusto). Estes últimos, discursos judiciários, permitem que se capte a *literatura no direito*, afastando-se de uma teoria estética romântica, para a qual a literatura só seria identificada na ficção. Se fosse verdadeiro esse postulado, biografias, autobiografias e textos de história não seriam textos literários, por lhes faltar elementos de força ficcional.

Tem-se, assim, uma preliminar que exige enfrentamento. O direito é literatura? A tomarmos o conceito clássico do que seja literatura, tal como desponta na historiografia literária do romantismo, o direito estaria excluído do campo literário. O romantismo admite como literário apenas a escrita imaginativa. Terry Eagleton, crítico de orientação marxista, fulminou essa

3 <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/a-revolucao-da-brevidade-luis-roberto-barroso/70514>. Agradeço a indicação a Patrícia Perrone Campos Mello, colega de magistério, autora de importantes obras de Direito Constitucional, atualizadora e colaboradora do Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, de autoria do Ministro Roberto Barroso.

distinção entre fato e ficção; a teoria convencional aceitaria como literário apenas o ficcional, posição que o estudioso inglês condenava.

Eagleton com base no crítico russo Roman Jakobson observou que “talvez seja necessária uma abordagem totalmente diferente (...) talvez a literatura seja definível não pelo fato de ser ficcional ou ‘imaginativa’, mas porque emprega a linguagem de forma peculiar” (EAGLETON, 2006, p. 3). Eagleton garantia ao intérprete (leitor ou destinatário do texto, inclusive jurídico) a faculdade de discernir, de identificar e de definir o que seja literário. Qualifica um *não-essencialismo* que valoriza o intérprete, destinatário do texto, em detrimento do autor, o produtor do texto. É esse o substrato teórico do presente ensaio: o texto jurídico também é um texto literário, para todos os fins, inclusive de ordem crítica.

Com esse pano de fundo conceitual pretende-se especular academicamente em torno de uma teoria literária da boa escrita jurídica. Argumenta-se que o exemplo mais contundente dessa possibilidade (boa escrita jurídica) se encontra nas decisões do Ministro Roberto Barroso, que atua no Supremo Tribunal Federal desde 2013.

O Ministro Barroso é autor de vários livros (jurídicos e de reflexão filosófica, sociológica e política), a exemplo de *Revolução Tecnológica, Crise da Democracia e Constituição: Direito e Políticas Públicas num mundo em transformação* (2021), *Sem Data Vénia: um olhar sobre o Brasil e o Mundo* (2020), *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal* (2020), *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro* (2019), *Interpretação e aplicação da Constituição* (2017), *Um outro país- transformações no direito, na ética e na agenda d Brasil* (2017), apenas para citar os mais recentes.

No Supremo Tribunal Federal o Ministro Barroso é prolator de decisões em casos difíceis. Exemplifica-se com decisões em temas complexos como a autonomia do Banco Central (ADI 6696), o problema da CPI da Pandemia (MS 37.760), a incidência de contribuição previdenciária sobre o salário maternidade (RE 576.967), a apropriação indébita tributária (RHC 163.334), a escola sem partido (ADI 5537), a liberdade de expressão e biografia (ADI 4.815), entre tantos outros assuntos de expressiva relevância.

Com o objetivo de se verificar a boa escrita jurídica em decisões do Ministro Barroso, como fundamento e padrão para uma subsequente teoria literária do bem escrever jurídico é que segue o presente ensaio, dividido em três passos.

Primeiramente, apresenta-se uma tentativa de compreensão dos padrões da escrita do Ministro Barroso, no contexto de seus votos no Supremo Tribunal Federal. Em seguida, a exemplificação desse padrão em três decisões, escolhidas pela abrangência dos problemas suscitados: a recusa dos pais em vacinarem os filhos por motivo de convicção filosófica (ARE 1.267.879), a convocação de audiência pública para discutir o Fundo

Clima (ADPF 708) e o tema do ensino religioso nas escolas públicas (ADI 4439-DF). Um conjunto de conclusões e de propostas de estudo fecha o presente ensaio.

1. LINHAS GERAIS DOS PADRÕES DECISÓRIOS DO MINISTRO BARROSO DO PONTO DE VISTA DA NARRATIVA

A decisão jurídica é também um texto argumentativo. Há necessidade de convencimento do destinatário e no caso de órgãos colegiados (a exemplo do Supremo Tribunal Federal). É essa a razão do disposto no art. 93, IX da Constituição e art. 11 do Código de Processo Civil (dever de fundamentação da decisão).

A fundamentação legítima o ato decisório, e exigir também recepção e deferência, exatamente como se colhe em obra central de Jürgen Habermas, nos sentidos de que *“a moral da razão não sobrecarrega o indivíduo apenas com o problema da decisão de conflitos de ação, mas também com expectativas em relação à sua força de vontade”* (HABERMAS, 1997, p. 151)..

Decisões judiciais (a exemplo das normas jurídicas em geral) devem ser claras, objetivas, diretas. Há controle permanente de seus conteúdos, o que se comprova com o uso dos embargos de declaração e das demais espécies recursais. Há uma crítica recorrente à redação de decisões. Há casos de prolixidade, de exibição desnecessária de erudição, de redundâncias, de preciosismos e de falta de precisão. “A revolução da brevidade” denunciava este estado de coisas.

Há exceções, e entre elas o ensaio destaca as fórmulas narrativas e discursivas que caracterizam os votos do Ministro Roberto Barroso. São decisões curtas, objetivas, diretas, que fogem a um padrão de leitura exaustiva e cansativa. Não há utilização de expressões fora de uso, obsoletas e de difícil compreensão. O Ministro Barroso não utiliza, ainda, linguagem rebarbativa, marcada por expressões de origem latina, que no mais das vezes são recursos estilísticos de mal gosto, e desconhecidos de latinistas.

O leitor dos votos do Ministro Barroso percebe padrão. Apresenta-se de início a tese conclusiva, seguida pelo enunciado das regras, valores e princípios aplicáveis, das provas (inclusive da validade do raciocínio e dos postulados), conjunto narrativo que dá o pano de fundo para a análise do caso, com a conseqüente retomada da conclusão. Essa é a estrutura lógica de suas decisões, que sugere rigor lógico onde não há espaço para divagações ou exhibições desnecessárias de erudição.

Exemplifica-se com dois pontos contidos na ementa da discussão relativa à incidência de contribuição previdenciária sobre o salário-maternidade (RE 576;967-PR):

“(..). 2. O salário-maternidade é prestação previdenciária paga pela Previdência Social à segurada durante os cento e vinte dias em que permanece afastada do trabalho em decorrência da licença-maternidade. Configura, portanto, verdadeiro benefício previdenciário.

3. Por não se tratar de contraprestação pelo trabalho ou de retribuição em razão do contrato de trabalho, o salário-maternidade não se amolda ao conceito de folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício. Como consequência, não pode compor a base de cálculo da contribuição previdenciária a cargo do empregador, não encontrando fundamento no art. 195, I, a, da Constituição. Qualquer incidência não prevista no referido dispositivo constitucional configura fonte de custeio alternativa, devendo estar prevista em lei complementar (art. 195, §4º). Inconstitucionalidade formal do art. 28, §2º, e da parte final da alínea a, do §9º, da Lei nº 8.212/91. (...) (BARROSO, 2020).

Como se observa, o núcleo da matéria discutida encontra-se em poucas linhas. Define-se o objeto da discussão (salário-maternidade), aponta-se ao enquadramento jurídico e explicita-se seu alcance no mundo fático. O Ministro Barroso tem bem nítido que há uma norma abstrata (que está nos livros), que se torna uma norma concreta (no mundo real) apenas no momento em que é efetivamente aplicada.

Em âmbito doutrinário o Ministro Barroso ilustra o problema da interpretação com as várias versões da canção Garota de Ipanema, de Antônio Carlos Jobim e Vinícius de Moraes:

“A letra e a melodia da canção permaneceram as mesmas, desde seu lançamento em 1962. Ao longo das décadas, inúmeros artistas apresentaram sua interpretação da obra. Todos trabalhavam, como intuitivo, sobre a criação original dos dois compositores. Algumas interpretações, no entanto, eram apenas instrumentais e procuravam captar os acordes sofisticados da bossa nova. Outras punham ênfase na poesia da letra, buscando recapturar um tempo mais romântico e ingênuo da vida no Rio de Janeiro. Muitos intérpretes, mundo afora, que apresentavam gravações belíssimas, nunca ouviram falar de bossa nova e não sabem exatamente onde fica Ipanema”. (BARROSO, 2023, p. 234).

Isto é, a exemplo das várias versões da famosa canção de Jobim e Vinícius, a interpretação do direito é também um ato de mediação. No caso, entre a norma e seu destinatário. Não se poderia falar em uma única interpretação correta e indiscutível. Há várias interpretações concorrentes, sobressaindo-se, no caso do direito, a que faça a composição adequada entre as partes divergentes. Por isso, a necessidade de clareza.

Na busca da composição adequada é que o Ministro Barroso fixa decisões marcadas por rigor lógico, apuro técnico e linguagem direta e incisiva. Ementas curtas e pedagógicas antecedem relatório, fundamentação e dispositivo que se ligam. Na conclusão, que na verdade é uma retomada da conclusão já indicada na ementa, consubstanciada em tese de julgamento, apresenta-se estrutura narrativa irretocável, que exemplifica uma boa escrita jurídica. Comprova-se o argumento com os três julgados que seguem.

2. EXEMPLIFICAÇÃO DA BOA ESCRITA JURÍDICA EM TRÊS DECISÕES DO MINISTRO BARROSO

2.1. Recusa dos pais em vacinarem os filhos por motivo de convicção filosófica – ARE 1.267.879

Discutia-se o poder (e a legitimidade) dos pais que se recusavam a vacinar os respectivos filhos por motivo de opção filosófica. O Ministro Barroso de imediato definiu sua compreensão do problema. Sustentou que é ilegítima a recusa dos pais em vacinar os filhos por motivos de convicção filosófica. E também diretamente fixou os limites da discussão: tratava-se de recurso contra acórdão de tribunal estadual que havia determinado que pais veganos submetessem filhos menores às vacinações definidas como obrigatórias pelo Ministério da Saúde, a despeito de convicções filosóficas. No passo seguinte, fixou também os pontos de partida e de chegada da decisão, não permitindo nenhuma dúvida sobre como decidia:

A luta contra epidemias é um capítulo antigo da história. Não obstante o Brasil e o mundo estejam vivendo neste momento a maior pandemia dos últimos cem anos, a da Covid-19, outras doenças altamente contagiosas já haviam desafiado a ciência e as autoridades públicas. Em inúmeros cenários, a vacinação revelou-se um método preventivo eficaz. E, em determinados casos, foi a responsável pela erradicação da moléstia (como a varíola e a poliomielite). As vacinas comprovaram ser uma grande invenção da medicina em prol da humanidade. (BARROSO, 2020, b).

No passo seguinte expôs com o argumento dos pais no sentido de que há proteção constitucional à liberdade de consciência, especialmente quanto ao direito às escolhas existenciais e de opção por um ideal de vida boa. Todavia, frisou que, no caso, a “liberdade de consciência precisa ser ponderada com a defesa da vida e da saúde de todos (arts. 5º e 196), bem como com a proteção prioritária da criança e do adolescente (art. 227)” (BARROSO, 2020, b). Registrou que o Direito brasileiro dispõe sobre a obrigatoriedade da vacinação, explicando, em seguida, os fundamentos dessa determinação legal, que na verdade se fundem com os fundamentos da decisão:

É legítimo impor o caráter compulsório de vacinas que tenha registro em órgão de vigilância sanitária e em relação à qual exista consenso médico-científico. Diversos fundamentos justificam a medida, entre os quais: a) o Estado pode, em situações excepcionais, proteger as pessoas mesmo contra a sua vontade (dignidade como valor comunitário); b) a vacinação é importante para a proteção de toda a sociedade, não sendo legítimas escolhas individuais que afetem gravemente direitos de terceiros (necessidade de imunização coletiva); e c) o poder familiar não autoriza que os pais, invocando convicção filosófica, coloquem em risco a saúde dos filhos (CF/1988, arts. 196, 227 e 229) (melhor interesse da criança). (BARROSO, 2020, b).

Concluiu a redação da ementa, anunciando o desprovimento do recurso extraordinário com a imediata fixação de tese, explicitando que:

É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, (i) tenha sido incluída no Programa Nacional de Imunizações, ou (ii) tenha sua aplicação obrigatória determinada em lei ou (iii) seja objeto de determinação da União, Estado, Distrito Federal ou Município, com base em consenso médico-científico. Em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar. (BARROSO, 2020, b).

A ementa do julgado está contida em duas laudas, com o raciocínio exposto em cinco pontos centrais, com fixação de uma tese. Logo no início apresentou a conclusão (*é ilegítima a recusa dos pais em vacinarem os filhos por motivos de convicção religiosa*), as normas e princípios aplicáveis (*liberdade de convicção filosófica em face da obrigatoriedade da vacinação*), as provas do raciocínio (*legitimidade da imposição da vacinação*), analisou o problema (*contrapondo as duas posições e mediando a tensão com um juízo de proporcionalidade*) e retomou a conclusão que já havia anunciado no início do voto.

O interessado no julgamento compreende nas duas páginas da ementa os fundamentos da decisão, a razão de decidir e o comando objetivo e direto. A leitura do voto propriamente dito torna-se um complemento, uma adição em forma de referência, uma opulenta nota de rodapé ao enunciado em forma de ementa.

Com esse objetivo segue o padrão decisório do Código de Processo Civil apresentando relatório, com cuidado de evidenciar apenas o que relevante, e com especial atenção ao conflito de interesses resistido, à luz do conceito tradicional de lide. O destinatário da decisão recebe, de modo também sintético e direto, os passos fundamentais da discussão, preparando-se para compreender a retomada da narrativa decisória.

Ao apresentar o voto propriamente dito o Ministro Barroso seguiu com rigor técnico impecável o roteiro procedimental do processo decisório.

Por isso, em primeiro lugar, avaliou os pressupostos de admissibilidade do recurso.

Anunciou um voto dividido em partes: uma discussão sobre o histórico das epidemias na trajetória da humanidade, uma exposição detalhada das posições adversas, opondo liberdade de consciência e convicção filosófica ao direito à vida e à saúde, mediando a tensão com a indicação do que melhor seria apropriado à criança. A aplicação do juízo de ponderação resolvia os interesses em disputa, porém exigia demonstração.

Isto é, na primeira seção do voto o Ministro Barroso apresenta um resumo histórico de várias epidemias pelas quais a humanidade passou, enfatizando, de algum modo, que não se vivia uma novidade. Identificava, em seguida, a tensão conceitual que atinge o tema, demonstrando, com precisão, quais eram os pontos que caracterizavam o conflito. A partir dos pontos de vista distintos o Ministro indicava o que lhe parecia ser de melhor interesse da criança. É quando, então, utiliza juízos de ponderação, de modo a apontar para uma solução que seja, ao mesmo tempo, razoável, equilibrada e justa.

O leitor da decisão cona com exuberância de informações, a exemplo da referência à primeira vacina que se tem notícia, cuja reprodução segue:

A primeira vacina de que se tem registro foi descoberta em 1796, pelo britânico Edward Jenner, e destinava-se ao combate de uma das enfermidades mais terríveis e letais já conhecidas: a varíola, que levou à morte 300 milhões de pessoas apenas no século XX (...). Jenner partiu de uma ideia propagada nos campos ingleses de que os trabalhadores responsáveis por ordenhar as vacas não se infectavam com o vírus. Dado o contato com o bovino, era comum que tais pessoas tivessem outra moléstia, denominada de vaccínia (...) (em inglês, cowpox), que provocava ulcerações nas mamas do animal. Jenner formulou, então, a hipótese de que quem contraísse vaccínia estaria imune à varíola. Após realizar inúmeros testes, verificou que, de fato, a imunização era alcançada (...). (BARROSO, 2020, b).

Em seguida, historiou a vinda das vacinas para o Brasil, com ênfase no legado de Oswaldo Cruz, contando, com pormenores, o pano de fundo da Revolta da Vacina Obrigatória, ocorrida no mandato do Presidente Rodrigues Alves. Com humor, e ao mesmo tempo com rigor científico, demonstrou que, à época, o Código de Posturas era na verdade, na visão popular, um Código de Torturas. Mais do que um jogo de palavras, enunciava uma situação.

Concluiu o tópico registrando que é impossível que se exagere a importância da vacinação como meio de preservação do direito à vida e do direito à saúde da coletividade, isto é, “*as vacinas comprovaram ser uma grande invenção da Medicina em prol da humanidade*”. (BARROSO, 2020, b). Nesse ponto apoiou-se em autores canônicos no tema, do ponto de vista histórico,

a exemplo de Sidney Chalhoub, Tânia Maria Fernandes, Nicolau Sevcenko, Gilberto Hochaman, entre outros.

Sintetizou as linhas gerais do estilo de vida vegano, fazendo-o com respeito e reverência, informando:

O estilo de vida vegano comporta uma pluralidade de visões. Nem todos os seus adeptos endossam a tese de que as vacinas devam ser rejeitadas [...] Mas, independentemente disso, todos devem ser tratados com igual respeito e consideração. Não cabe ao Estado avaliar o mérito das posições filosóficas e ideológicas. Muitos podem discordar, mas é legítimo acreditar que as vacinas podem causar riscos à saúde dos filhos, crer que a criança não deva receber uma elevada concentração de agentes patogênicos quando ainda é nova e frágil e, finalmente, pensar que tal medida sanitária interfere indevidamente com o curso natural das coisas, por ser um mecanismo artificial de estímulo à produção de anticorpos pelo ser humano. (BARROSO, 2020, b).

Avaliou que cabe ao juiz constitucional expor as razões pelas quais atribui maior peso concreto a determinada feição do direito. Escorou-se no tema da dignidade como valor comunitário, entendendo que o Estado pode, “em situações excepcionais, proteger as pessoas mesmo contra a sua vontade”. (BARROSO, 2020, b). É o pressuposto lógico para a conclusão que seguiu, e que nos dá conta da importância da vacinação para a proteção de toda a sociedade. De tal modo, prosseguiu, não são “legítimas as escolhas individuais que afetem gravemente direitos de terceiros” (BARROSO, 2020, b). Argumentou contra os negacionistas com dados do Ministério da Saúde.

Redigiu o voto também com base no direito comparado (caso Jacobson v. Massachusetts, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos), para concluir que que “não é legítimo, em nome do exercício de um direito individual, frustrar o direito da coletividade, isto é, o direito de cada membro da comunidade de não estar exposto a uma contaminação evitável” (BARROSO, 2020, b). Consequentemente, “o poder familiar não autoriza que os pais, invocando convicção filosófica, coloquem em risco a saúde dos filhos”. (BARROSO, 2020, b).

Tem-se uma estrutura narrativa irretocável, com apoio em doutrina e legislação pontuais, marcada pela ligação direta entre premissa e conclusão, isto é, a decisão, em si, é uma lição de lógica. Um exemplo de boa escrita jurídica.

2.2. Convocação de audiência pública para discutir o Fundo Clima – ADPF 708

Em ação direta de inconstitucionalidade por omissão proposta pelo Partido Socialista Brasileiro-PSB, pelo Partido Socialismo e Liberdade-P-SOL, pelo Partido dos Trabalhadores-PT e pela Rede Sustentabilidade

invocou-se omissão governamental em relação ao Fundo Clima (Fundo Nacional sobre Mudança do Clima). A ementa, sucinta e direta, já anunciava a conclusão: a matéria é relevante, há implicação constitucional, deve-se atentar para compromissos internacionais, o que justificava, de imediato, a convocação de uma audiência pública para discussão do assunto. O assunto exigia compreensão científica específica quanto ao tema em debate.

A premissa consistia na compreensão de que *“a mudança climática, o aquecimento da Terra e a preservação das florestas tropicais são questões que se encontram no topo da agenda global”*, isto é, *“deficiências no tratamento dessas matérias têm atraído para o Brasil reprovação mundial”* (BARROSO, 2020, c). Em seguida, em suporte jurídico a esse postulado, a ênfase da veemência e da textualidade da Constituição no prestígio de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

É o que obrigaria o Poder Público defender e preservar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. Tem-se, então, uma referência ao art. 225 da Constituição. Esse passo é arrematado com o reconhecimento do direito ambiental como um direito fundamental, isto é, *“Além de constituir um direito fundamental em si, o direito ao meio ambiente saudável é internacionalmente reconhecido como pressuposto para o desfrute de outros direitos que integram o mínimo existencial de todo ser humano, como a vida, a saúde, a segurança alimentar e o acesso à água”* (BARROSO, 2020, c).

No entanto, a linha decisória não fica vinculada apenas ao plano conceitual e metafísico. O Ministro Barroso também reconhece uma implicação econômica como elemento justificador da decisão, no sentido de que,

São graves as consequências econômicas e sociais advindas de políticas ambientais que descumprem compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. A União Europeia e diversos países que importam produtos ligados ao agronegócio brasileiro ameaçam denunciar acordos e deixar de adquirir produtos nacionais. Há uma percepção mundial negativa do país nessa matéria. (BARROSO, 2020, c).

Há uma referência a um *“estado de coisas inconstitucional em matéria ambiental, a exigir providências em de natureza estrutural”*. O Ministro Barroso enfatizou que a questão não é de mera opção política, trata-se de dever constitucional. Nessa percepção o leitor compreende uma opção política transcendente e permanente que se inscreve no texto constitucional e, ao mesmo tempo, a hipótese de opção política imanente e episódica, que se inscreve no jogo político do dia-a-dia.

Ainda que lacônica, essa passagem é emblemática na medida em que revela uma compreensão das diferenças entre um pacto político qualificado (e reverberado na Constituição, que o instrumentaliza) e um acordo político momentâneo (refletido na ação política cotidiana). Este último não pode se

afastar daquele primeiro. Encontra-se nesse trecho a razão de decidir que orienta a formulação do voto.

A ementa, deduzida em sete pontos básicos, estrutura a lógica da decisão. No voto propriamente dito, há relatório também sucinto, com enfoque nos atos comissivos e nas omissões apontadas pelos requerentes. Seguindo padrão narrativo o Ministro Barroso fixa roteiro expositivo, consistente em três passos: a admissibilidade da ação (como arguição de descumprimento de preceito fundamental); a possibilidade da constatação de um estado de coisas inconstitucional em matéria ambiental e, por fim, a convocação de uma audiência pública. Nesse último tópico o Ministro Barroso invocou necessidade de produção de um “relato oficial” sobre a matéria. Registrou o relato oficial entre aspas, recurso estilístico que enfatiza com o sinal diacrítico o necessário comprometimento do Estado/Governo para com a decisão.

Quanto ao primeiro item, relativo à admissibilidade da ação, o Ministro Barroso apoiou-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, indicando os precedentes aplicáveis ao caso concreto:

Nessas situações, em que se aponta um conjunto heterogêneo de atos comissivos e omissivos lesivos à Constituição, e dada a reconhecida fungibilidade entre as ações diretas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se inclinado pelo conhecimento da ação como arguição de descumprimento de preceito fundamental. Isso ocorre porque a ADPF comporta uma maior heterogeneidade quanto a seu objeto, bem como maior flexibilidade quanto às providências de ordem normativa e/ou concretas a serem concedidas. Nesse sentido: ADPF 347, rel. Min. Marco Aurélio, j. 09.09.2015[1]; ADO 48 AgR, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24.05.2019; ADI 4163, rel. Min. Cezar Peluso, j. 29.02.2012. (BARROSO, 2020, c).

Tem-se, à luz da moderna doutrina do precedente, sequência argumentativa que parte de decisões e precedentes, que resultam em um corpo decisório que formadores de uma jurisprudência, e que pode conduzir à fixação de enunciado de súmula, de efeito mandatório.

A linha argumentativa seguiu com um panorama realista da questão ambiental no Brasil, em clara denúncia a um possível estado de coisas inconstitucional em matéria ambiental. O ponto de partida é preocupante:

O Brasil levou longos anos para incorporar a perspectiva ambiental em sua compreensão do conceito de “desenvolvimento”, e comprometeu parte importante de suas florestas nessa trajetória. Somente na Amazônia Legal, o desflorestamento acumulado nos últimos 50 anos é de cerca de 800.000 km², aproximando-se de 20% da área original. No ano de 2004, contudo, sob intensa pressão internacional, o comportamento do país começou a se alterar. Especificamente com relação à Amazônia, o Brasil lançou um

relevante programa denominado Plano de Prevenção e Controle do Desmatamento (PPCDAm), que permitiu a redução do desmatamento em 80%. Parte do êxito do programa se deveu à criação de unidades de conservação e à demarcação de terras indígenas, nas quais o nível de desmatamento se mostrou muito inferior aos percentuais das demais áreas. Com essa e outras iniciativas, caminávamos para uma maior preservação do meio ambiente, conquistamos credibilidade internacional e capacidade de captação de recursos estrangeiros para o combate ao desmatamento e às mudanças climáticas no país [...]. (BARROSO, 2020, c).

Com essas informações o Ministro Barroso dimensionou historicamente a criação do Fundo Amazônia (em 2008), além de inúmeras iniciativas de proteção ambiental, a exemplo de nossa adesão ao Acordo de Paris (em 2015).

Limitando a discussão a problema prático, consistente na necessidade de providências de conteúdo científico, o Ministro Barroso reconheceu a limitação conceitual da Corte para definição imediata da questão, buscando apoio e ajuda da comunidade científica. Nesse passo, e aqui um *obiter dictum* de referência recorrente, o Ministro Barroso expressou sua compreensão sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal, cuja limitação de compreensão para todos os assuntos justificaria a convocação da comunidade científica:

“As Cortes Constitucionais desempenham distintas funções. Entre elas, destaco as funções: (i) contramajoritária, de proteção de direitos fundamentais de grupos vulneráveis; (ii) representativa, por meio da qual as cortes asseguram a vontade popular em temas de relevância que escaparam às instâncias majoritárias (Executivo e Legislativo); e (iii) e iluminista, quando avançam no reconhecimento do alcance de direitos fundamentais ainda não plenamente consolidados no imaginário popular [...]. Ao lado de tais funções, as Cortes Constitucionais – assim como as Cortes Internacionais – podem desempenhar um papel informativo no espaço público: promovendo o esclarecimento de fatos, a documentação de eventos e a sua valoração, de modo a produzir uma espécie de relato oficial sobre o que efetivamente está ocorrendo em um país. Esse relato oficial contribui para o registro fidedigno do que se deu no passado, do que está ocorrendo no presente e, nessa medida, abre caminho para o diagnóstico de problemas, a identificação de soluções e a atribuição de responsabilidades [...]. Além disso, é uma etapa imprescindível para a instrução da presente ação”. (BARROSO, 2020, c).

O Ministro Barroso reconheceu que a matéria (questão ambiental), especialmente no contexto de redução de desmatamento e da emissão de gases de efeito estufa, com respectivos impactos climáticos, provoca pontos de vista polarizados, sempre divergentes. Por isso, especialistas deveriam ser escutados com igual respeito e consideração. Essa disposição para a compreensão de pontos de vistas divergentes é uma característica marcante

no pensamento do Ministro Barroso, para quem, *“na vida, como na ciência, as verdades não são absolutas nem perenes. Tudo depende do ponto de observação, das circunstâncias do intérprete e do imaginário de cada um”* (BARROSO, 2016).

Designou audiência pública, registrando que pretendia que o Supremo Tribunal Federal pudesse instaurar um *“efetivo diálogo com a sociedade e as autoridades públicas, abrindo-se para os variados pontos de vista que a questão suscita [ava] e possibilitando a obtenção de subsídios para o equacionamento da controvérsia constitucional”*. (BARROSO, 2016). Parece nítido na decisão a compreensão de que a sobrevivência e a prosperidade da humanidade vinculam-se à saúde da biosfera e à interdependência de ecossistemas. Em termos mais explícitos, a humanidade protege a natureza porque a natureza protege a humanidade. Problematiza-se uma racionalidade econômica que parece gerir o meio-ambiente, traduzida em cálculos de custo e benefício.

Questões ambientais tendem a ser assimiladas pela economia. A análise racional e econômica do meio-ambiente preocupa-se com a produtividade, com a obtenção de maior utilidade com um mínimo de ineficiência ou perda. O Ministro Barroso, no entanto, não desconhece que o problema transcende a esses lugares comuns e, por isso, insistiu na importância de se ouvir a comunidade científica.

2.3. Ensino Religioso nas Escolas Públicas- ADI- 4.439-DF

Trata-se de uma ação direta de constitucionalidade na qual se discutiu o ensino religioso nas escolas públicas. A conclusão encontra-se já na terceira linha da ementa. Para o Ministro Barroso, o modelo não confessional é o único capaz de assegurar o princípio da laicidade.

A ementa é explicitada em cinco itens. Inicialmente, o Ministro Barroso registra que o princípio constitucional da laicidade (art. 19, I, da Constituição) é marcado por três conteúdos: *“(i) separação formal entre Estado e Igrejas; (ii) neutralidade estatal em matéria religiosa; e (iii) garantia da liberdade religiosa”*. (BARROSO, 2017).

Didaticamente (na ementa) fixou os três modelos de ensino religioso, que em tese poderiam ser ministrados nas escolas públicas: *“(i) confessional, que tem como objeto a promoção de uma ou mais confissões religiosas; (ii) interconfessional, que corresponde ao ensino de valores e práticas religiosas com base em elementos comuns entre os credos dominantes na sociedade; e (iii) não confessional, que é desvinculado de religiões específicas”*. (BARROSO, 2017).

Concluiu que *“somente o modelo não confessional de ensino religioso nas escolas públicas é capaz de se compatibilizar com o princípio da laicidade estatal”* (BARROSO, 2017). E também didaticamente explicou que nessa modalidade, *“a disciplina consiste na exposição, neutra e objetiva, das doutrinas, práticas, história e dimensões sociais das diferentes religiões (incluindo posições não religiosas), e é ministrada por professores*

regulares da rede pública de ensino, e não por pessoas vinculadas às confissões religiosas”. (BARROSO, 2017).

Decidiu pela procedência do pedido, com ênfase em interpretação conforme à Constituição, com referência inclusive a acordo celebrado entre o Brasil e a Santa Sé, fixando tese no sentido de que: “*O ensino religioso ministrado em escolas públicas deve ser de matrícula efetivamente facultativa e ter caráter não confessional, vedada a admissão de professores na qualidade de representantes das religiões para ministrá-lo*”. (BARROSO, 2017).

Quanto ao voto propriamente dito, apresentou a hipótese que se discutia, analisou o cabimento da ação direta, apresentou elegante “*breve nota sobre a religião no mundo contemporâneo*”, tratou do ensino religioso em escolas públicas no Brasil, apresentou a tensão entre o ensino religioso e a laicidade estatal, explicou a separação formal entre Estado e Igreja, o sentido da neutralidade estatal em matéria religiosa, as cautelas para que se possa assegurar a efetiva facultatividade e a confessionalidade do ensino religioso, inclusive, nesse último tópico, com um estudo aprimorado sobre as fórmulas utilizadas por várias unidades federadas no Brasil. No contexto do direito comparado apresentou vários casos julgados pela Corte Europeia de Direitos Humanos.

As referências dão conta de extensiva pesquisa em vários campos do saber. Entre os autores citados Martha Nussbaum, John Rawls, Jürgen Habermas, Immanuel Kant, Karen Armstrong, Yuval Noah Harari, Ronald Dworkin, Karl Marx, Fernando Catroga, a par do Dalai Lama.

A definição de secularismo é um dos pontos centrais na fundamentação da decisão:

Secularismo (...) não implica em despreço à religião ou à religiosidade. Tampouco significa que as religiões não possam vocalizar suas crenças ou participar do diálogo amplo e aberto que caracteriza a democracia contemporânea. É possível que uma sociedade seja moderna, plural e secular e, ainda assim, a religião desempenhar um papel importante. Exemplos emblemáticos nesse sentido são os Estados Unidos e o Japão. O secularismo se manifesta na convivência respeitosa entre cosmovisões distintas, sendo que no espaço público deve prevalecer a razão pública, vale dizer, valores laicos que possam ser compartilhados por todos e por cada um, independentemente de suas convicções pessoais privadas. (BARROSO, 2017).

Como consequência, a única forma de admissão de ensino religioso em escolas públicas deveria atender a uma fórmula não confessional, pelo que necessária a proibição da “*admissão de professores na qualidade de representantes das confissões religiosas*”. (BARROSO, 2017).

A questão é antiga no direito brasileiro. Na década de 1880 Rui Barbosa apresentou à Câmara dos Deputados dois pareceres tratando da educação

brasileira, na qualidade de relator de uma Comissão de Instrução Pública que apreciava uma proposta de reforma de ensino. Esses dois pareceres tocavam, entre outros, em questões de fundo constitucional até o voto do Ministro Barroso não resolvidas, quanto ao alcance da laicidade do ensino público.

Produzidos no contexto de um Estado cuja religião oficial era o catolicismo os dois pareceres de Rui Barbosa foram assentes na defesa de uma educação leiga, como proposta de alívio para uma tensão entre o princípio da obrigação escolar e a consciência religiosa. Há uma ligação muito forte entre as premissas de Rui Barbosa e as conclusões do Ministro Barroso.

Rui Barbosa elencou as quatro soluções que então podia se colher no direito comparado, nomeadamente: a. o ensino religioso professado obrigatoriamente na escola a todos os alunos por um instrutor civil; b. o catecismo ensinado na escola, pelo professor, de frequência facultativa para o alunado; c. a exclusão da religião dos programas escolares, embora disciplina que poderia ser lecionada, no edifício da escola, por diferentes ministros de vários cultos, somente para alunos que quiserem essas aulas e, d. a absoluta exclusão do ensino religioso nos currículos das escolas públicas.

Criticou severamente o modelo de ensino religioso obrigatório, então adotado pela Espanha. E porque subvencionado pelo Estado, Rui Barbosa entendia que o ensino religioso obrigatório resultava em atentado à propriedade na medida em que uma determinada igreja seria protegida à custa dos contribuintes; as consciências também seriam violentadas porque escolas seriam feitas em agência de propagandas de seitas.

O Supremo Tribunal Federal foi provocado pela Procuradoria-Geral da República que em ação direta de inconstitucionalidade requereu, entre outros, interpretação conforme à Constituição, em relação à legislação de regência, no sentido de que o ensino religioso em escolas públicas, se ministrado, tenha natureza não-confessional, proibindo-se a admissão de professores que representem confissões religiosas, isto é, a educação religiosa deveria ser ministrada por professores regulares da escola pública, e não por representantes das várias confissões. Essa conclusão do Ministro Barroso resolveu um problema que vem desde os pareceres de Rui Barbosa, que parece colocar em prática mais de um século depois.

Por fim, do ponto de vista da pré-condição do intérprete deve-se registrar que o Ministro Barroso é absolutamente desarmado em matéria de religião, conforme lê-se em excerto de algum modo autobiográfico:

Sou filho de mãe judia e pai católico. Cresci frequentando sinagogas e igrejas. Aos 15 anos, fiz um intercâmbio no exterior e vivi com uma adorável família presbiteriana. Ao fazer meu mestrado em Yale, meu vizinho de porta e amigo era muçulmano, da Arábia Saudita. Desde cedo aprendi a conviver com a diversidade e a apreciá-la.

Ao longo do tempo, reforcei a convicção de que as pessoas são essencialmente iguais. Não consigo imaginar nada mais triste para o espírito do que alguém se achar melhor que os outros. Por qualquer motivo (...). BARROSO, 2020, c, pp. 190, 191).

CONCLUSÃO

A forma como o Ministro Barroso redige suas decisões confirma exemplo de boa escrita jurídica. São textos curtos, diretos e objetivos que apresentam os problemas, suas nuances e possibilidades interpretativas. Geralmente principia pela conclusão, enunciando em seguida as regras e princípios em jogo, aponta então as evidências constitucionais, legais, lógicas e discursivas que sustentam a conclusão, analisa os pontos que levantou e ao final retoma a conclusão.

Mais do que um ato de força (é uma decisão do Supremo Tribunal Federal) ou de um ato de vontade (é uma decisão de Ministro do Supremo Tribunal Federal), tem-se um texto convincente, que ilumina a discussão e presta-se para encerra-la. Nesse sentido, tem-se um documento literário altamente persuasivo, marcado pela qualidade do argumento e não pelo volume das palavras, o que faz toda a diferença, a apropriar-me de reflexão do próprio Ministro Barroso. É a “revolução da brevidade”, ponto de partida para uma boa escrita jurídica.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui, *Obras Completas, Trabalhos Políticos*, vol. II, 1872-1874, Tomo II. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1987.

BARROSO, Luís Roberto, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, São Paulo: Saraiva, 2023. Atualizada com a colaboração de Patrícia Perrone Campos Mello.

BARROSO, Luís Roberto, Migalhas de Luís Roberto Barroso, São Paulo: Migalhas, 2016.

BARROSO, Luís Roberto, voto. *Contribuição previdenciária sobre o salário-maternidade*- STF- RE 576.967-PR, 2020.

BARROSO, Luís Roberto, voto. *Convocação de audiência pública para discutir o Fundo Clima* – STF- ADPF 708, 2020, c.

BARROSO, Luís Roberto, voto. *Ensino Religioso nas Escolas Públicas*- ADI- 4.439-DF, 2017.

BARROSO, Luís Roberto, voto. *Recusa dos pais em vacinarem os filhos por motivo de convicção filosófica* – STF- ARE 1.267.879, 2020, b.

BARROSO, Luís Roberto, *Sem data venia, um olhar sobre o Brasil e o mundo*, Rio de Janeiro: História Real, 2020, c.

BOYD WHITE, James. *Justice as Translation*. Chicago: The University of Chicago Press, 1994.

BOYD WHITE, James. *The Legal Imagination*. Chicago: The University of Chicago Press, 1985.

CALVO GONZÁLEZ, José (coord.). *Lyberdad y Seguridad – la Fragilidad de los Derechos*. Málaga: Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, 2006.

CALVO GONZÁLEZ, José. *Derecho y Narración*. Barcelona: Ariel Derecho, 1996.

CALVO GONZÁLEZ, José. *El Discurso de los Hechos*. Madrid: Tecnos, 1998.

CALVO GONZÁLEZ, José. *La Justicia como Relato*. Málaga: Ágora, 2002.

EAGLETON, Terry. *Teoria da Literatura. Uma Introdução*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Tradução de Waltensir Dutra.

FISH, Stanley. *Is There a Text in this Class?* Cambridge: Harvard University Press, 2003.

POSNER, Richard. *Law and Literature*. Cambridge: Harvard University P

Recebido em: 12/09/2023

Aprovado em: 17/10/2023

DOSSIÊ

A CONVENÇÃO DA HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS DE 1980: CONCEITOS FUNDAMENTAIS, PROPÓSITO E ÓBICES AO RETORNO

THE HAGUE CONVENTION ON THE CIVIL ASPECTS OF INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION, 1980: FUNDAMENTAL CONCEPTS, PURPOSE AND EXCEPTIONS TO THE RETURN

Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio Rodrigues¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. A Convenção da Haia de 1980: conceitos relevantes e propósito. 2. Situações nas quais o retorno não é determinado. Conclusão. Referências.

¹ Doutorado em Direito pela University of Virginia. Professora Titular de Direito Internacional Privado da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Ministrou curso sobre cooperação jurídica na Academia de Direito Internacional da Haia em agosto de 2017

RESUMO: O objetivo do artigo é abordar os principais conceitos utilizados na Convenção da Haia sobre Sequestro Internacional de Crianças. A pesquisa segue o método dedutivo-indutivo. A convenção parte da premissa de que as decisões sobre a vida da criança não devem ser tomadas unilateralmente por um dos genitores. Nessa ótica, trata inicialmente da remoção e retenção ilícitas da criança do país da sua residência habitual – denominado de sequestro – e da regra de que a criança deve ser devolvida o mais rapidamente possível ao *status quo ante*. A lógica da convenção é a de que o melhor interesse da criança será atendido com o retorno ao país da residência habitual antes da remoção ou retenção ilícitas. Todavia, indaga-se até que ponto o retorno da criança à sua residência habitual é a solução mais adequada. Nessa linha, a convenção prevê também a convenção situações nas quais o retorno não deverá ocorrer, tratadas nos artigos 13 e 20. O artigo 13 da convenção apresenta quatro exceções ao retorno ao país da residência habitual: (1) o não exercício efetivo do direito da guarda da criança pelo(a) requerente (genitor abandonado); (2) o consentimento anterior ou posterior do(a) requerente (genitor abandonado) com a remoção ou retenção da criança; (3) a existência de grave risco físico ou psicológico ou situação intolerável para a criança com o retorno e (4) a recusa da criança, com maturidade para isso, em retornar ao país da residência habitual. O art. 20, adicionalmente, prevê o indeferimento do retorno quando o país da residência habitual não seguir princípios fundamentais de direitos humanos e liberdades fundamentais. Como conclusão, constata-se que a convenção possui um sistema justo e adequado: a regra é o retorno da criança mas, presente alguma das exceções, a criança é autorizada a permanecer no país de refúgio.

PALAVRAS-CHAVE: Sequestro Internacional de Crianças. Retenção e Remoção ilícitas. Residência Habitual. Óbices ao Retorno. Convenção da Haia de Sequestro de Crianças.

ABSTRACT: The main objective of the article is to address the main concepts employed in the Hague Convention on International Child Abduction. The research follows the method deductive-inductive. The convention is based on the premise that decisions about the life of the child should not be taken unilaterally by one of the parents. From this perspective, it initially deals with the illicit removal and retention of the child from the country of his or her habitual residence – called kidnapping – and the rule that the child must be returned as quickly as possible to the status quo ante. The rationale of the convention is that the best interest of the child will be best served by returning to the country of the habitual residence of the child prior to wrongful removal or retention. However, it is questioned whether the return of the child to the habitual residence is

the most adequate solution. Along these lines, the convention also provides for situations in which the return should not occur, regulated by articles 13 and 20. Article 13 of the convention presents four exceptions to the return to the country of habitual residence: (1) the non-exercise of the right of custody of the child by the applicant (left-behind parent); (2) the prior or subsequent consent of the applicant (left-behind parent) to the removal or retention of the child; (3) the existence of serious physical or psychological risk or intolerable situation for the child with the return and (4) the child's refusal, whenever he or she has the maturity to do so, to return to the country of habitual residence. Article 20, additionally, provides for the refusal of return when the country of habitual residence does not follow fundamental principles of human rights and fundamental freedoms. As a conclusion, it is possible to observe that the convention possesses a fair and adequate system: the rule is the return of the child, but in view of one of the exceptions, the child is authorized to stay in the country of refuge.

KEYWORDS: International Child Abduction. Unlawful Retention and Removal. Habitual Residence. Exceptions to the Return. Hague Convention on Child Abduction.

INTRODUÇÃO

Incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro em 2000, a Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980 é o principal instrumento jurídico internacional destinado a mitigar os efeitos da remoção ou retenção ilícita de crianças do local da sua residência habitual. Não obstante isso, a falta de informações acerca das circunstâncias que justificaram a produção do texto convencional por vezes resulta na incompreensão, no estranhamento e, em casos extremos, na ineficácia do sistema estabelecido pela Convenção da Haia.

A convenção parte da premissa de que as decisões sobre a vida da criança não devem ser tomadas unilateralmente por um dos genitores. Nessa ótica, trata inicialmente da remoção e retenção ilícitas da criança do país da sua residência habitual – denominado de sequestro – e da regra de que a criança deve ser devolvida o mais rapidamente possível ao *statu quo ante*. A lógica da convenção é a de que o melhor interesse da criança será atendido com o retorno ao país da residência habitual antes da remoção ou retenção ilícitas. Todavia, indaga-se até que ponto o retorno da criança à sua residência habitual é a solução mais adequada. Nessa linha, a convenção prevê também a convenção situações nas quais o retorno não deverá ocorrer, nos arts 13 e 20, que serão analisados a seguir.

No Brasil, a convenção vem sendo gradativamente melhor compreendida e, conseqüentemente, o Judiciário brasileiro tem proferido decisões que seguem as regras e o propósito almejado no texto convencional.

Registre-se, todavia, que o Partido Democratas (DEM) ajuizou no Supremo Tribunal Federal ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 4245) da referida Convenção, de relatoria do ora homenageado, Min. Luís Roberto Barroso. Já há manifestação da AGU bem como parecer do MPF pela improcedência da referida ação.

As breves considerações que se seguem pretendem elucidar o contexto de criação e a finalidade da convenção, inequivocamente constitucional, como se verá.

1. A CONVENÇÃO DA HAIA DE 1980: CONCEITOS RELEVANTES E PROPÓSITO

A Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980 é instrumento internacional com propósito bastante específico e bem definido, a saber, permitir que disputas judiciais envolvendo direitos de guarda e visitação sobre crianças sejam decididas pela jurisdição de sua residência habitual, à luz do direito local². A afirmação de que as autoridades do local de residência habitual da criança são as mais aptas a decidir questões a ela relacionadas é bastante intuitiva: trata-se do juízo mais familiarizado com as práticas sociais do local de residência habitual, bem como com a legislação aplicável.

A lógica da convenção é que o retorno se dê para o país da residência habitual da criança, por ser essa a jurisdição mais adequada para decidir sobre a sua guarda, em virtude, principalmente, da proximidade com as provas a serem produzidas. Assim, em uma ação judicial sobre sua guarda e visitação, o juízo mais adequado para decidir a disputa seria aquele no qual a criança tivesse residido, frequentado a escola e criado amizades, para permitir com mais facilidade a oitiva de vizinhos, professores, psicólogos, pais de colegas de colégio. Esse seria, portanto, o juiz natural para decidir o destino da criança (TIBURCIO, CALMON, 2014, p.4).

Na prática, porém, nem sempre a regra é observada. Havendo genitores com nacionalidades diferentes, não é incomum que um deles sintasse compelido a buscar refúgio em seu país de origem, a fim de ser beneficiado pelo Judiciário local na disputa pela guarda da criança (K. WOLFE, 2001, p.

2 Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, art. 3º: “A transferência ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando: a) tenha havido violação a direito de guarda atribuído a pessoa ou a instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, *pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção; (...)*”.

287³). É dizer: o genitor abductor – em busca de vantagem indevida – altera ilicitamente a jurisdição competente para decidir as questões relacionadas à criança, geralmente também importando em alteração do direito aplicável ao caso.

Há de se ressaltar, no entanto, que ao longo deste estudo, o termo genitor, porque correspondente à maioria dos casos concretos, será utilizado de maneira genérica como referência a qualquer titular de direito de guarda no Estado da residência habitual, conforme definido no art. 3º da convenção.

Para atingir sua finalidade, o genitor abductor pratica uma entre as duas seguintes ações. Na primeira hipótese, a criança é retirada ilicitamente – ou seja, sem a autorização do genitor abandonado – do país de sua residência habitual. Trata-se da típica situação que envolve genitores de nacionalidades distintas, na qual, por conta do término do relacionamento entre o casal, um deles, *por decisão unilateral*, retira a criança do ambiente no qual ela reside. Na segunda hipótese, embora a remoção não seja ilícita, a permanência da criança longe de sua residência habitual configura a ilicitude da conduta. É o caso do genitor que, aproveitando autorização de viagem ao exterior nas férias, por exemplo, não retorna com a criança após o período previsto. No âmbito da convenção, a primeira hipótese é denominada remoção, ao passo que o segundo caso recebe o nome de *retenção*⁴. No título da convenção, as duas situações são genericamente referidas como sequestro.

3 “The increased mobility of society and rate of divorce during the second half of this century has been accompanied by an increase in the rate of child abductions by custodial parents. When bi-national marriages dissolve, one parent often returns to his or her country of nationality in search of a more sympathetic forum for the determination of child custody. Children occupy the unique position of being both the subject and object of individual rights. When parents who are nationals of different states call upon their national courts to make decisions regarding custody and visitation, all too often emotion and nationalism become the deciding factors”. [Tradução livre: O aumento da mobilidade da sociedade e da taxa de divórcio durante a segunda metade deste século tem sido acompanhado por um aumento na taxa de sequestros de crianças por genitores que exerçam sua guarda. Quando casamentos binacionais se dissolvem, um dos genitores, muitas vezes, retorna ao seu país de origem em busca de um fórum mais atrativo para a determinação da guarda dos filhos. As crianças ocupam a posição única de ser tanto sujeito e objeto dos direitos individuais. Quando genitores que sejam nacionais de diferentes Estados invocam seus tribunais nacionais para tomar decisões a respeito da guarda e visitação, muitas vezes a emoção e o nacionalismo se tornam fatores decisivos.]

4 A distinção entre os casos de remoção e retenção ilícitas é meramente didática. O Secretariado Permanente da convenção identificou cinco situações distintas que ensejariam a aplicação da convenção, como informa Amos Shapira, (1989, p. 189): “The Permanent Bureau of the Hague Conference identified five type-situations of conduct depriving a lawful custodian of child control: removal of a child by a parent from one country to another without the consent of the other parent at a time when no custody decree had yet been handed down; abduction of a child by a parent from the judicially decreed custodial parent and its removal to another country where no conflicting custody determination had been made; retention of a child by the non-custodial parent following an authorized visitation period in a country other than the place of the child’s habitual residence; snatching of a child from the judicially decreed custodial parent in the country of the child’s habitual residence and its removal to another country where the abducting parent has been awarded custody under a conflicting decision rendered or recognized there; and removal of a child by a parent from one country to another in violation of a court order expressly prohibiting such removal”. [Tradução livre: O Secretariado Permanente da Conferência da Haia identificou cinco tipos de situações que privam um guardião legal do controle da criança: remoção de uma criança por um dos pais de um país para outro sem o consentimento do outro progenitor, não tendo nenhum decreto de guarda sido proferido ainda; rapto de uma criança por um dos pais daquele que detém a guarda judicialmente decretada e sua remoção para outro país onde não tenha sido proferida decisão conflitante quanto à guarda; retenção de uma criança pelo pai não-guardião em seguida de um período de visitação autorizado, em um país que não o de residência habitual da criança; a tomada de uma criança daquele que detém custódia judicialmente decretada no país da residência habitual da criança e sua remoção para outro país, onde o genitor abductor teve concedida guarda sob uma decisão conflitante lá proferida ou reconhecida; e a remoção de uma criança por um genitor de um país para o outro em violação de uma ordem judicial que expressamente proíba tal remoção.]

Nesse contexto, a lógica da convenção é que as decisões sobre o destino da criança não podem ser tomadas unilateralmente por um dos genitores (SHAPIRA, 1989, p. 191⁵). Em outras palavras: a ilicitude da remoção ou retenção decorre de sua unilateralidade, ou seja, da subtração sem o necessário consentimento de quem mais tenha poder familiar sobre a criança (BEAUMON, MCELEAVY, 1999, p. 1⁶).

Antes da Convenção da Haia, os resultados da remoção ou retenção frequentemente beneficiavam o genitor que praticou o ilícito. Relatos dos obstáculos enfrentados pelo genitor abandonado descrevem cenário realmente devastador (BEAUMONT, MCELEAVY, 1999, p. 3⁷), incluindo dificuldades para localizar o destino da criança – muitas vezes sem qualquer ajuda das autoridades locais – e os altos custos do litígio no país de refúgio.

Ainda sobre os obstáculos encontrados antes da Convenção de Haia, há de se mencionar a tendência do Judiciário local de favorecer seus nacionais, premiando a conduta ilícita – por vezes, como se viu, motivada pela perspectiva de um quadro normativo mais favorável no país de refúgio (DOLINGER, 2003, p. 240⁸).

Note-se que a retenção/remoção ilícita afeta não apenas o genitor abandonado, mas também a criança sequestrada (PERÉZ-VERA, 1982, p. 432). O distanciamento entre a criança e seu meio social, decorrente da subtração, promove prejuízos muitas vezes irreversíveis. Em relatório

-
- 5 “*Parental child abduction, for the purposes of the proposed convention, ought to encompass (...) the unilateral removal of a child to another country before any custody order has been handed down*”. [Tradução livre: Sequestro de crianças por parte dos pais, para os efeitos da convenção proposta, deve englobar (...) a remoção unilateral de uma criança para outro país antes que qualquer decisão quanto à guarda tenha sido proferida.]
 - 6 “*In the context of international private law, however, the phrase has become synonymous with the unilateral removal or retention of children by parents, guardians or close family members*”. [Tradução livre: No contexto do direito internacional privado, no entanto, a frase tornou-se sinônimo da remoção ou retenção unilaterais de crianças pelos pais, guardiões ou familiares próximos.]
 - 7 “*It is clear that prior to the enter into force of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction there were very limited chances of recovering an abducted child. First, the child had to be located; then, faced with a ‘legal kidnapping’, courts were in most of the instances unwilling to take any action without first investigating what was in the individual child’s best interests. This inevitably led to lengthy, drawn-out proceedings and, although their aim was to find the most appropriate solution for the child, the greater the period of time which elapsed the less likely that the child would in fact benefit from being returned. The difficulties relating to discovery and delay were not however the only ones facing a dispossessed parent, for he or she was also likely to have to pay for the legal costs involved. In the light of such obstacles it is clear why there was such a practical need for action to be taken to protect abducted children and their left-behind parents*”. [Tradução livre: É claro que, antes da entrada em vigor da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, as chances de recuperar uma criança sequestrada eram muito limitadas. Em primeiro lugar, a criança deveria ser localizada; depois, diante de um ‘sequestro legal’, os tribunais não estavam, na maioria das instâncias, dispostos a tomar qualquer ação sem antes investigar qual seria o melhor interesse da criança. Isso inevitavelmente levava a processos longos, demorados e, embora seu objetivo fosse encontrar a solução mais adequada para a criança, quanto maior o período de tempo decorrido, menos provável que a criança de fato fosse se beneficiar de seu retorno. As dificuldades relacionadas com a descoberta e o atraso não eram, contudo, as únicas contra um genitor sem seu filho, pois também era provável que ele ou ela tivesse de pagar os custos legais envolvidos. À luz de tais obstáculos, fica claro o porquê da necessidade de que alguma ação fosse tomada para proteger as crianças raptadas e os genitores que haviam sido deixados para trás.]
 - 8 “Até 1980, ano da aprovação da Convenção da Haia, as dificuldades para recuperar uma criança sequestrada eram praticamente intransponíveis. Primeiramente, em grande número de casos, o paradeiro da criança era ignorado, o que exigia um longo processo de investigação, para o qual a parte interessada não contava com apoio das autoridades do país onde supunha encontrar-se a criança; depois que esta era localizada, havia que ingressar no juiz local, onde se iniciava um processo de averiguação do estado em que se encontrava a criança, que, arrastando-se ao longo dos anos, resultava em uma decisão no sentido da não devolução da criança, por mais irregulares que tivessem sido as circunstâncias de seu deslocamento”.

apresentado ao governo dos Estados Unidos, Peter Pfund (1997, pp. 665-667) chegou a afirmar que o sequestro de crianças era problema irremediável. No Brasil, este quadro não era diferente (TIBURCIO, 2009, p. 385⁹). Por isso, a convenção tem como finalidade criar mecanismo apto a proteger os direitos do genitor abandonado e da criança abduzida, restabelecendo a jurisdição da autoridade competente e prevenindo a manipulação fraudulenta do direito aplicável (art. 3, a, da convenção).¹⁰

Como é possível intuir, a determinação da residência habitual da criança é tema central do sistema estabelecido pela convenção de maneira geral. Se compete ao juiz da residência habitual da criança decidir as questões de guarda, é essencial compreender o que significa residência habitual. Quanto ao ponto, duas peculiaridades devem ser observadas. *Em primeiro lugar*, não há definição expressa no texto convencional. Embora diversos artigos da convenção usem a expressão, em nenhum deles é possível encontrar uma definição. Além disso, e essa a *segunda peculiaridade*, ao contrário da maioria dos diplomas legais de fonte interna vigentes no Brasil, a Convenção da Haia cria obrigações recíprocas entre os Estados contratantes, exigindo que seus conceitos sejam aplicados de maneira uniforme, o que submete sua interpretação a regras especiais que pretendem garantir a adequada aplicação da convenção. A mera identidade de expressões utilizadas no texto convencional e nos textos legais vigentes nos diferentes países não é

9 “O principal instrumento de combate à subtração internacional de menores é a Convenção da Haia de 25 de outubro de 1980, em vigor no Brasil por força do Decreto nº 3.413/2000, que veio resolver principalmente os conflitos entre pais de nacionalidades/domicílios diferentes sobre questões relacionadas aos filhos comuns do casal. Até a conclusão da Convenção esse era um problema intransponível: em muitos casos, com o término da relação conjugal, os filhos desses casais eram retirados do local da sua residência habitual e levados por um dos pais para o exterior, jamais retomando contato com a mãe ou com o pai deixado para trás”

10 No que tange a fraude à lei, para fins de esclarecimento, há de se mencionar os escritos de Dominique Bureau e Horatia Muir Watt (2010): “La notion de fraude à la loi ressort assez nettement des termes d'un arrêt par la Cour de cassation: il y a fraude à loi lorsque 'les parties ont volontairement modifié un rapport de droit dans le seul but de soustraire à la loi normalement compétente'. Trois éléments doivent donc être réunis : un élément matériel, un élément légal, un élément moral. L'élément matériel suppose qu'une composante de la règle de conflit puisse varier en fonction de la volonté des parties. (...) L'élément légal est constitué par la disposition à laquelle le fraudeur tente d'échapper : interdiction de divorcer, de priver as descendance de tout droit dans la succession... Dans cette perspective, c'est le plus souvent à une disposition impérative de la loi française que le fraudeur tentera d'échapper. Mais la fraude à la loi étrangère est également concevable (...). L'élément moral exprime quant à lui l'intention frauduleuse.” Tradução livre: “A noção de fraude à lei é bastante clara em termos de acordãos do Tribunal de Cassação: há fraude à lei quando 'as partes mudaram voluntariamente uma relação jurídica com o único propósito de subtrair da lei normalmente competente'. Três elementos devem estar presentes: um material, um legal e um moral. O elemento material supõe que uma componente da regra de conflito possa variar em função da vontade das partes. (...) O elemento legal consiste na disposição da qual o autor da fraude pretende escapar: proibição de divórcio, de privar descendentes em linha reta de sucessão... Nessa perspectiva, na maioria das vezes é de uma disposição imperativa da lei francesa que o fraudador tentará escapar. Mas a fraude à lei estrangeira também é concebível (...). O elemento moral expressa por sua vez a intenção fraudulenta.” Ainda, sobre este mesmo tema, escreveram Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio (2020, p. 495): “(...) a fraude à lei consiste em abusar de uma faculdade para fugir da lei originalmente competente – uma norma protegida pela ordem pública do plano interno. A fraude à lei teria, assim, dois componentes, que se somam: abuso do direito e a ordem pública local, ou seja, o direito que se faculta à pessoa de se colocar sob a proteção de outra lei é praticado abusivamente quando ela se utiliza desta faculdade a fim de fugir à ordem pública da lei que lhe era originalmente competente”.

suficiente: é preciso interpretar a convenção de maneira *autônoma* e *uniforme* (BEAUMONT; MCELEAVY, 1999, p. 226¹¹).

Vale notar: o conceito de residência habitual previsto na convenção não se confunde com o conceito de domicílio presente no direito brasileiro. No contexto da convenção, *residência habitual* é um conceito eminentemente fático, que pressupõe certa estabilidade (não definitividade) e a ausência de ilicitude na sua transferência ou permanência. O conceito, note-se, não é meramente geográfico. Deve-se levar em conta na determinação da residência habitual não apenas o *local* onde a criança se encontrava, mas o centro a partir do qual desenvolvia suas relações familiares e sociais.

Registre-se que o conceito de residência habitual começou a ser utilizado pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado em suas convenções da década de 60. Atualmente, há um consenso que o termo se encontra num meio caminho entre a expressão *mera residência e domicílio* (REPORT..., 2006, p. 45¹²).

Por fim, a descrição dos meios usualmente empregados para subtrair crianças de sua residência habitual e dos malefícios decorrentes da prática permite antever a finalidade da convenção. Como o afastamento da residência habitual é a origem comum dos danos jurídicos e fáticos causados ao genitor abandonado e à criança, a principal medida da convenção consiste em determinar o retorno da criança ao país da residência habitual. Essa ordem de retorno tem o objetivo de restaurar o *status quo* (BUCHER, BONOMI,

11 “Although radical in its choice of approach to deal with international child abduction, the 1980 Hague Convention shares with all other international instruments laying down a set of common rules the need for those rules to be uniformly applied if it is to operate effectively”. [Tradução livre: Embora radical em sua escolha de abordagem para lidar com o rapto internacional de crianças, a Convenção da Haia de 1980 compartilha com todos os outros instrumentos internacionais que estabelecem um conjunto de regras comuns, a necessidade de que tais regras sejam aplicadas uniformemente para que operem de forma eficaz.]

12 “Many experts agreed that the use of a strict definition for habitual residence would go against the spirit of the Convention, noting that habitual residence was above all a question of fact to be decided on a case-by-case basis, and should be distinguished from the more subjective concept of domicile. They suggested that factual considerations could include indicia such as the child’s schooling, the time spent in one place, the settling of the family in a certain place, and the integration of the child. Some experts pointed to the difficulty in determining the length of time that was pertinent to the establishment of a new habitual residence. Several experts indicated that this factual evaluation should include, to a certain extent, an examination of the common intent of the parents in establishing their residence. Recalling the realities of globalisation and migration, some experts noted the difficulty of applying the concept of habitual residence to cases involving illegal immigrants and asylum seekers”. [Tradução livre: Muitos especialistas concordaram que o uso de uma definição estrita de residência habitual seria contrário ao espírito da convenção, afirmando que o conceito de residência habitual era, acima de tudo, uma questão de fato a ser decidida caso-a-caso e deveria ser separada do conceito mais subjetivo de domicílio. Os especialistas recomendaram que as considerações de fato incluíssem o processo de educação da criança, o tempo da permanência em determinado lugar, a acomodação da família em determinado lugar e a integração da criança. Alguns especialistas destacaram a dificuldade de estabelecer o tempo necessário para o estabelecimento de uma nova residência habitual. Muitos especialistas que essa avaliação fática deveria incluir, em algum medida, a intenção comum dos pais em estabelecer sua residência. Fazendo referência as realidades da globalização e da migração, alguns especialistas destacaram a dificuldade de aplicar o conceito de residência habitual em casos envolvendo imigrantes ilegais e pessoas que buscam o *status* de refugiado”].

2001, p. 218¹³) (SHAPIRA, 1989, p. 191¹⁴) (PEREZ-VERA, 1982, p. 429¹⁵) (TIBURCIO, CALMON, 2014, pp 62-3¹⁶) reinserindo a criança no meio ao qual está habituada e preservando os direitos validamente adquiridos do genitor abandonado naquela jurisdição (CARAVACA, GONZÁLES, RUIZ, 2008, p. 365).

2. SITUAÇÕES NAS QUAIS O RETORNO NÃO É DETERMINADO

O artigo 13 da convenção apresenta quatro exceções ao retorno ao país da residência habitual: (1) o não exercício efetivo do direito da guarda da criança pelo(a) requerente (genitor abandonado); (2) o consentimento anterior ou posterior do(a) requerente (genitor abandonado) com a remoção ou retenção da criança; (3) a existência de grave risco físico ou psicológico ou situação intolerável para a criança com o retorno e (4) a recusa da criança, com maturidade para isso, em retornar ao país da residência habitual.

Além disso, o dispositivo estabelece a cooperação da autoridade central do Estado da residência habitual na obtenção de documentos que venham a comprovar a presença de um dos óbices ao retorno. Isto significa que o papel principal da autoridade central do estado da residência habitual não é, necessariamente, favorecer o genitor abandonado, mas zelar pelo melhor interesse da criança, pois há situações em que, por estar(em) configurada(s) a(s) situação (ões) prevista(s) no art. 13, será melhor para a criança permanecer no Estado de refúgio.

Deve-se observar que, uma vez que o objetivo da Convenção da Haia é assegurar o retorno da criança ao país da residência habitual, as hipóteses previstas no art. 13, que justificariam a permanência da criança, devem ser entendidas como excepcionais. Isso significa que a regra é o retorno. Nessa linha, as exceções devem ser provadas pelo genitor que perpetrou a remoção ou retenção ilícita e, portanto, a mera alegação não satisfaz essa exigência.

13 *La décision d'ordonner le retour de l'enfant n'affecte pas le fond du droit de garde (art. 19). Elle n'a pas d'autre but que de rétablir le 'statu quo ante'*” [Tradução livre: A decisão de ordenar o retorno da criança não afeta o mérito do direito de guarda (art. 19). Não tem nenhum outro propósito além de restaurar o 'status quo ante'.]

14 *“The asserted principal objective was to restore expeditiously the pre-removal status quo (whether or not judicially sanctioned) without passing on the merits of custody”. [Tradução livre: O principal objetivo afirmado era restabelecer rapidamente o status quo pré-remoção (judicialmente sancionado ou não) sem examinar o mérito da guarda.]*

15 *“The Convention's objects, which appear in article 1, can be summarized as follows: since one factor characteristic of the situations under consideration consists in the fact that the abductor claims that his actions have been rendered lawful by the competent authorities of the State of refuge, one effective way of deterring him would be to deprive his actions of any practical or juridical consequences. The Convention, in order to bring this about, places at the head of its objectives the restoration of the status quo, by means of the 'prompt return of children wrongfully taken to or retained in any Contracting State'”. [Tradução livre: Os objetos da Convenção, que aparecem no artigo 1º, podem ser resumidos da seguinte forma: uma vez que um fator característico das situações sob análise consiste no fato de que o abductor alega que suas ações foram consideradas legais pelas autoridades competentes do Estado de refúgio, uma forma eficaz de dissuadi-lo seria privar suas ações de quaisquer consequências práticas ou jurídicas. A Convenção, para que isso aconteça, põe à frente de seus objetivos a restauração do status quo, por meio do 'retorno imediato da criança ilicitamente removida ou retida em qualquer Estado contratante'.]*

16 *“A Convenção de 1980 enfatiza a proteção do direito da criança de ter estabilidade, que é vital para ser respeitado, de não ter sua vida alterada no que tange aos aspectos emocional e social, a não ser que argumentos existam para garantir sua estabilidade na nova situação”.*

Já se observou que, em alguns casos, erroneamente, o retorno foi indeferido com base em simples alegações acerca da aplicação das exceções por parte do genitor que realizou o sequestro.

A primeira hipótese de não retorno é autoexplicativa: a convenção só viabiliza o retorno para fazer respeitar os direitos de guarda existentes à época da remoção ou retenção ilícita. Primeiramente, é preciso que se entenda que, caso o genitor abandonado não possua a guarda da criança segundo a lei do lugar da residência habitual (art. 3º. a), a convenção não é o instrumento adequado para que seja pleiteada a sua volta. Há que se notar que a definição de guarda é autônoma, regida pela convenção, no art. 5, a: “*Nos termos da presente Convenção: a) o ‘direito de guarda’ compreenderá os direitos relativos aos cuidados com a pessoa da criança, e, em particular, o direito de decidir sobre o lugar da sua residência*”. Portanto, há que se verificar se a definição de guarda prevista na convenção está presente com base na lei do lugar da residência habitual da criança para que se possa aplicar a convenção.

Todavia, a alínea a não assegura o retorno se o genitor abandonado tinha a guarda em conformidade com a lei do país da residência habitual – condição para aplicação da convenção – mas não a exercia efetivamente. Trata-se de verificação a ser feita pelo juízo do Estado de refúgio caso-a-caso. A convenção não oferece parâmetros para essa análise, mas deve-se verificar o contato efetivo que o genitor abandonado tinha com a criança antes da remoção ou retenção ilícitas. Caso o genitor tenha a guarda assegurada pela legislação do país da residência, ou até mesmo uma decisão judicial nesse sentido, mas sem qualquer contato com a criança, a permanência no país de refúgio estará justificada¹⁷.

Com relação à segunda hipótese que excepciona o retorno, ainda prevista na alínea a (“*ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção*”), discute-se como se deve provar o consentimento do genitor abandonado, pois há muitas situações em que a criança sai do país da residência habitual com a sua aquiescência. Elemento relevante para a verificação da existência ou não da autorização para a viagem (remoção ilícita) é a maneira pela qual a criança foi levada do seu país de residência habitual. Caso essa saída tenha sido furtiva, durante uma viagem do outro genitor ou sem qualquer autorização formal, haverá elementos para que se conclua que a remoção foi ilícita.

Situação complexa é a verificação do consentimento posterior do genitor abandonado, principalmente no caso de uma autorização de viagem para a criança passar férias ou visitar parentes em outro país. Não há dúvidas de que essa autorização de viagem, por si só, não pode presumir o consentimento na permanência no outro país, até porque a convenção visa

17 V. TRF2, DJU 21.fev.2006, Agravo de Instrumento 2004.02.01.009861-7, Rel. Des. Guilherme Calmon Nogueira da Gama: decisão judicial na qual se indeferiu o retorno para Israel em caso em que o genitor abandonado servia ao exército israelense, sem contato com a família.

prevenir não somente a *remoção* ilícita, mas também – e principalmente –, a *retenção ilícita*. Ou seja, ainda que a remoção tenha sido lícita, no caso de uma autorização efetiva de viagem, não há que se presumir que a mudança da residência habitual da criança tenha sido autorizada.

Quanto à retenção ilícita, discute-se se tratativas de acordo global sobre guarda e visitação durante o procedimento judicial fazem presumir o consentimento na mudança da residência da criança. Esse é um tema recorrente na jurisprudência estrangeira e as decisões majoritárias têm sido em sentido negativo. Por exemplo, na França entendeu-se pela negativa: *Horlander v. Horlander*, 1992 Bull.Civ. I, No. 91-18177 (apud. KLEIN, ORLOFF, MARTINEZ, ROSE, NOCHE, 2004). Ou seja, esse consentimento na mudança de residência da criança deve ser inequívoco.

Ponto interessante também é quando o consentimento com a mudança é dado em um primeiro momento e, posteriormente, é retirado. Não é incomum que, inicialmente, o genitor abandonado, até por ignorância dos meios jurídicos existentes para providenciar o retorno da criança ou mesmo por choque inicial, concorde com a permanência da criança no país de refúgio, mas depois mude de ideia e requeira a sua volta. Note-se que, nesse caso, não haverá parâmetros para que o juízo do Estado de refúgio decida, o que deverá ensejar uma análise caso-a-caso, analisando-se as razões que levaram o genitor abandonado a dar o consentimento, ainda que de maneira temporária. Nesse sentido, a Corte de Apelação inglesa, no caso *Re A. Z.* (1993) 1 FLR 682 concluiu que o pai que servia o exército americano e que havia deixado a criança aos cuidados da tia materna após o rompimento da relação conjugal e que solicitou que a situação permanecesse assim por alguns meses havia consentido com a permanência da criança na Inglaterra (apud. BEAUMONT, MCELEAVY, 1999, p. 120).

Questão relevante é se o pedido de visitação perante o juízo do Estado de refúgio, por parte do genitor abandonado, pode fazer presumir uma concordância com a permanência da criança no país do refúgio. Na mesma linha de raciocínio, responde-se a essa pergunta pela negativa. Como já se afirmou, a concordância deve ser inequívoca e não pode ser presumida. A rigor, o genitor abandonado visa a preservar a sua relação com a criança e a evitar um afastamento durante o período em que se discute o retorno. Essa atitude jamais pode ser entendida, por si só, como consentimento na permanência no país de refúgio.

O Caso *Friedrich v. Friedrich* (*Friedrich II*)¹⁸, decidido nos Estados Unidos, estabeleceu diretrizes para regulamentar esse ponto. Além de determinar que a lei da residência habitual deve reger essa questão, a Corte enfatizou que o exercício do direito de guarda exige alguma regularidade no

18 78 F.3d 1060 (6th Cir. 1996).

contato com a criança e que se trata de questão de direito, não adentrando na análise acerca da valoração da guarda.

A regularidade do contato segue critérios bastante flexíveis, ainda segundo decisões norte-americanas: no caso *Giampaolo*¹⁹, a Corte entendeu que o pai, requerente, exercia direito de guarda porque levava a criança todos os dias para a escola, escolheu a escola na qual a criança estudava e pagava parte das despesas escolares; no caso *Aldinger v. Segler*²⁰, a Corte concluiu que o pai/ requerente exercia o direito de guarda porque ele residia no mesmo endereço da criança e participava ativamente da sua vida, satisfazendo seus interesses básicos e, no caso *Sealed Appellant v. Sealed Appellee*²¹, a Corte concluiu que a visitação à criança 5 vezes ao ano e pagamento de pensão alimentícia já atendia a essa exigência.

A exceção ao retorno prevista na alínea *b* é o fundamento que mais tem sido utilizado pelo judiciário do país de refúgio para negar o retorno da criança ao país da sua residência habitual (HAGUE..., 2011, p. 30). Repita-se: na lógica da convenção, a criança deve retornar ao país da sua residência habitual, salvo quando sua remoção ou retenção possa ser justificada por situações graves, quando a criança permanecerá no país de refúgio.

A alínea *b* autoriza o juízo do Estado de refúgio a, excepcionalmente, examinar o melhor interesse da criança (SHAPIRA, 1989, pp. 127-250²²), (BEAUMONT, 2008, p. 36) .

Como se viu, a regra geral é que o melhor interesse da criança seja analisado pelo juízo do país da sua residência habitual. A lógica da convenção é que este juízo terá melhores condições para, de maneira mais justa, decidir questões sobre sua guarda e visitação. Esse é o *juiz natural* para decidir tais questões. Entende-se que o juízo do Estado de refúgio, para onde a criança foi levada após a remoção ou retenção ilícita, não terá as mesmas condições de avaliar o que é melhor para a criança do que o juiz que pode ouvir diretamente vizinhos, professores e colegas de escola. Essa é, portanto, a *ratio* que fundamenta a competência do juízo do país da residência habitual para decidir sobre o destino da criança. Todavia, essa regra apresenta exceções que estão previstas na alínea *b* do art. 13. Nesses casos, o juízo do Estado de refúgio indeferirá o retorno por entender que o melhor interesse da criança é ali permanecer, pois a volta ao país da sua residência habitual lhe trará grandes prejuízos. Assim, somente nessas hipóteses, está o juízo do Estado de refúgio autorizado a averiguar o melhor interesse da criança.

19 In re Application of Giampaolo v. Erneta, 390 F.Supp.2d 1269 (N.D. Georgia, 2004).

20 263 F. Supp. 2d 284 (D.P.R. 2003).

21 394 F.3d 338 (5th Cir. 2004).

22 Amos Shapira, no seu curso na Haia, observa que, a rigor, o óbice previsto no art. 13,(1) *b* leva em conta a análise do melhor interesse da criança, limitado à situação de risco grave de ordem física ou psíquica ou situação intolerável. Portanto, pode-se dizer que a convenção não autoriza um exame do melhor interesse da criança em caráter geral pelo juízo do Estado de refúgio, mas limitado a essa situação específica que justificará o não retorno.

Outro ponto que deve ser ressaltado, também enfatizado pelo relatório da Elisa Perez Vera e pelos trabalhos de acompanhamento da conferência da Haia, é que a existência dessas situações que justificam a permanência da criança devem ser provadas, não bastando a mera alegação. Ademais, como é a regra em processo civil, o ônus da prova recai sobre quem alega e, portanto, cabe ao genitor que perpetrou o sequestro prová-las.

Deve-se frisar que essas situações se limitam à verificação da existência de risco grave de perigo de ordem física ou psíquica ou situação intolerável para a criança e não onde a criança será mais feliz ou terá melhores oportunidades de vida.

Em primeiro lugar, o risco deve ser grave. Isso tem sido enfatizado pelos trabalhos de acompanhamento da convenção, bem como pela jurisprudência estrangeira. Não basta a existência de risco, é importante que este seja relevante. A jurisprudência estrangeira tem frisado que é importante a verificação da magnitude do risco para que se possa afastar a regra geral do retorno ao país da residência habitual.

Decisões judiciais de diversos países enfatizam que o dano deve ser substancial ou grave (“substantial or weighty kind” [Caso *Gyponer*- Austrália]); que o risco do dano substancial seja grave (“risk must be weighty and one of substantial harm” [Caso *Suarez*- Canadá]; “more than an ordinary risk and must not only be a weighty one, but it must be one of substantial and not trivial harm” [Caso *Kovacs*- Canadá]); que o nível do perigo remonte a uma situação intolerável (“substantial and to a level comparable to an intolerable situation” [Caso *Bassi*- Austrália]); que a gravidade do risco envolve não somente a probabilidade de perigo mas também a magnitude do perigo caso a probabilidade se materialize (“gravity of risk involves not only the probability of harm, but also the magnitude of the harm if the probability materialises” [Caso *Van de Sande*- Estados Unidos]); e que a expressão situação intolerável indica que o perigo em questão é bastante sério (“the words ‘otherwise place the child in an intolerable situation’ indicate that the harm that is contemplated [...] is harm of a serious nature” [Caso *Sonderup*- África do Sul]) ou indica o nível de dano psicológico envolvido (“severe degree of psychological harm” [Caso *Re M* 1993- Reino Unido]). Ademais, o risco não precisa ser imediato, mas deve ser grave [Caso *Walsh*- Estados Unidos] (apud. PERMANENT, 2011, p. 17).

Ademais, algumas decisões enfatizam que risco grave não pode significar as dificuldades normais que a criança terá na volta para o país da sua residência habitual, sendo transferida da companhia de um genitor para o outro [Caso *Tabacchi*- Estados Unidos, Caso *AG Frankfurt I*- Alemanha]. No Caso *Miltiadous*, ficou estabelecido que risco grave de perigo se refere a situações nas quais a criança enfrenta um risco real de ser ferida física ou psiquicamente, como resultado do retorno, não contemplando situações nas quais a repatriação cause inconveniências, dificuldades, elimine oportunidades

educacionais ou econômicas ou não considere as preferências da criança (“the child faces a real risk of being hurt, physically or psychologically, as a result of repatriation,” mas não “situations where repatriation might cause inconvenience or hardship, eliminate certain educational or economic opportunities, or not comport with the child’s preferences” [Caso Miltiadous-Estados Unidos]) (apud. PERMANENT..., 2011, p. 17).

Algumas decisões judiciais têm entendido que somente situações constantes de violência se configuram como risco grave (Caso *Katsigiannis v. Kottick-Katsigiannis, Struweg v. Struweg*); já outras decisões entendem que situações isoladas já preenchem esse requisito (apud. PERMANENT..., 2011, p. 17), o que é a orientação mais conforme o espírito da convenção, que menciona risco de perigo e não exige perigo concreto e real.

Por outro lado, deve se observar que a convenção se satisfaz com a existência de risco, não exigindo a comprovação de perigo real e concreto. É de se frisar que essa análise será feita caso-a-caso pelo juízo do Estado de refúgio, não havendo parâmetros concretos para auxiliar na decisão. Note-se, porém, que a tendência da jurisprudência comparada é no sentido de determinar o retorno no caso de possibilidade extremamente remota de que tais óbices ao retorno possam se configurar. Aqui, mais uma vez, se recorda que a regra geral será o retorno da criança e que sua permanência só se justificará em situações excepcionais.

Registre-se que quanto à verificação da existência de risco físico e psíquico, tampouco há parâmetros previstos na convenção. Constata-se na jurisprudência comparada que nessas hipóteses se inserem principalmente situações de violência doméstica contra a criança, que pode, ao mesmo tempo, configurar risco de ambas as espécies de risco. Também a hipótese de abuso sexual se enquadra nessa situação.

Alguns julgados distinguiram situações de episódios esporádicos - nas quais o retorno foi determinado - das hipóteses de prática diuturna - quando se justificaria a permanência. Entende-se que a melhor interpretação é que, ainda que se tenha tratado de episódio isolado de abuso sexual ou espancamento, a permanência da criança no Estado de refúgio estará justificada. Poder-se-ia alegar que tais episódios devem ser levados em conta pelo juízo da residência habitual para atribuir a guarda e visitação, aplicando-se, portanto, a regra geral do retorno, mas não é essa a melhor interpretação da convenção.

Trata-se, a rigor, de regra de hermenêutica do texto convencional. Questiona-se se o juízo do Estado de refúgio é competente para verificar a existência de risco grave de dano físico ou psíquico para a criança, a ponto de impedir o seu retorno ao país da residência habitual, ou se a verificação deverá ir além, compreendendo também a possibilidade de que o país da residência habitual decida e proteja a criança contra esses danos. Adotando-se essa segunda interpretação, ainda que a criança tenha sido

abusada sexualmente ou alvo de violência doméstica, aplicar-se-ia a regra geral do retorno. Presumir-se-ia que o juízo do país da residência habitual tenha condições de proteger a criança e coibir essas práticas. Somente no caso em que comprovadamente o juízo da residência habitual não queira ou possa proteger a criança é que a permanência da criança estaria justificada.

Não há que se concordar com essa orientação. O texto convencional é inequívoco: basta a existência de risco grave de dano físico ou psíquico à criança para que o juízo do Estado de refúgio indefira o retorno. Caso o texto convencional tivesse o propósito de garantir o retorno mesmo em situações de dano físico ou psíquico à criança, desde que o Estado da residência habitual possa protegê-la, o texto seria claro nesse sentido, o que não ocorreu. Ademais, a prática da jurisprudência estrangeira é, majoritariamente, como se viu, no sentido de se adotar a interpretação que ora se privilegia.

O dispositivo também admite a permanência da criança quando o retorno lhe coloque em situação intolerável. O alcance da regra é controvertido. Há decisões judiciais que consideraram como tal o abuso sexual e a violência doméstica, que, como mencionado, configura-se como risco grave de dano físico ou psíquico. Não faria sentido se entender que a expressão “situação intolerável” tenha o mesmo alcance da expressão “risco grave de ordem física ou psíquica”. São três fundamentos distintos previstos nessa alínea para o indeferimento do retorno da criança ao país da residência habitual: a) risco grave de ordem física; b) risco grave de ordem psíquica ou c) situação intolerável. É óbvio que há situações concretas, que pela sua gravidade, se inserem nos três fundamentos ao mesmo tempo. Mas, o retorno deve ser indeferido ainda que presente somente um dos fundamentos.

Situação intolerável, portanto, compreende as situações externas à criança que justificariam a sua permanência no país de refúgio. Inserem-se nessa categoria, graves situações conjunturais do país da residência habitual, como epidemias sérias, devastações naturais e também atos de abuso ou violência à mãe da criança, no caso de ter sido ela a autora da remoção ou retenção ilícitas.

Quanto a esse último ponto, alguns questionam se a violência dirigida à mãe da criança deve impedir o seu retorno ao país da residência habitual ou somente a violência à criança. Relatório preparado pela Conferência da Haia em 2011 enuncia um rol realmente extenso de hipóteses de violência contra a genitora: incidentes pontuais de violência, episódios recorrentes de agressão física, lesões ou ameaças com facas, estrangulamentos, cabeçadas, socos, pontapés, joelhadas, fratura de ossos, empurrões, arremessos da escada, ameaças de morte, manutenção do cônjuge em cárcere privado, uso de algemas, destruição de objetos pessoais ou estupro (PERMANENT., 2011, p. 30). Diante de situações como essas, o indeferimento do pedido de retorno é medida que se impõe.

Ademais, uma segunda consideração parece relevante. Ao lado da Convenção da Haia, outros tratados internacionais também passam a ser importantes diante de alegações de violência doméstica. De início, é bem de ver que o Brasil é parte da Convenção Americana de Direitos Humanos²³. Enfrentando a questão relativa ao *status* de tratado internacional internalizado antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, o Supremo Tribunal Federal afirmou o caráter supralegal da convenção²⁴. A observação é importante porque o art. 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos consagra o direito à integridade física, psíquica e moral²⁵.

Na mesma linha, é importante observar que o Brasil é igualmente parte da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará)²⁶. O art. 2º da convenção estabelece que “[e]ntende-se que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica”. Após consagrar o direito de toda mulher “a uma vida livre de violência, tanto na esfera pública como na esfera privada” (art. 3º), o diploma estabelece o dever dos Estados ratificantes de “agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher” (art. 7º, b).

À luz das obrigações assumidas pelo Estado brasileiro ao ratificar tais instrumentos internacionais, é correto afirmar que não se pode exigir o retorno da responsável por uma criança para um ambiente no qual estará sujeita à prática de violência doméstica. Nesse contexto, a interpretação conferida acima ao art. 13 da Convenção da Haia é consistente com os demais compromissos internacionais assumidos pela República Federativa do Brasil. A observação é importante porque – especialmente em casos envolvendo violência doméstica – não se pode negligenciar as disposições contidas em tratados internacionais de direitos humanos, que receberam do Supremo Tribunal Federal *status* normativo diferenciado.

Em síntese, na sistemática estabelecida pela Convenção da Haia, a prática de violência doméstica configura situação intolerável, hipótese prevista no art. 13, b do texto convencional como óbice ao retorno. A conclusão é ainda reforçada pelo fato de o Brasil ter ratificado tratados internacionais que asseguram o direito à integridade física e psíquica, bem como obrigam o Estado brasileiro a atuar de forma a prevenir a exposição de mulheres a qualquer forma de violência física, sexual ou psicológica. Por todas essas

23 Promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

24 Súmula Vinculante nº 25/STF: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. No STJ, v. Veja-se, e.g., STJ, DJ 12 dez. 2008, HC 123.755/SP, Rel. Min. Luiz Fux; STJ, DJ 17 dez. 2008, HC 120.902/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi; STJ, DJ 9 dez. 2008, HC 105.121/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi; STJ, DJ 9 fev. 2009, HC 96.180/SP, Rel. Min. Laurita Vaz; STJ, DJ 10 fev. 2009, RHC 24.978/MS, Rel. Min. Sidnei Beneti; STJ, DJ 6 mar. 2009, RHC 25.206/SC, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias e STJ, DJ 27 fev. 2009, HC 128.864/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão.

25 Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 5º. “1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”.

26 Promulgada pelo Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996.

razões, constatado o risco de violência doméstica à mãe da criança, deve-se indeferir o pedido de retorno.

Por fim, ainda no contexto do art. 13, quanto à maturidade para que a criança exprima a sua opinião no sentido de permanecer no Estado de refúgio, como se pode observar, não há parâmetros estabelecidos na convenção e tampouco na jurisprudência. Trata-se de ponto que deve ser verificado caso-a-caso pelo juízo do Estado de refúgio.

É importante ressaltar o entendimento de B. M. Bodenheimer, contrário à possibilidade de que a opinião da criança possa influenciar a decisão judicial contra o retorno. Segundo o autor, não é razoável que a criança tenha essa responsabilidade, até porque será facilmente influenciável pelo genitor que perpetrou o sequestro (apud. SHAPIRA, 1989, p. 196²⁷).

Finalmente, o art. 20 da convenção prevê hipótese adicional de indeferimento do retorno. Nos termos do referido dispositivo, tampouco se dará o retorno se o país da residência habitual da criança não adotar princípios de proteção aos direitos humanos compatíveis com os do Estado de refúgio. Trata-se de hipótese de excepcional aplicação.

CONCLUSÃO

A Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, da Haia de 25 de outubro de 1980, em vigor no Brasil por força do Decreto nº 3.413/2000, é o principal instrumento de combate à subtração internacional de crianças e visou resolver principalmente os conflitos entre genitores de nacionalidades/domicílios diferentes sobre questões relacionadas aos filhos comuns do casal. A convenção parte da premissa de que disputas judiciais envolvendo direitos de guarda e visitação sobre crianças devem ser decididas pela jurisdição de sua residência habitual, à luz do direito local (artigo 3º da Convenção).

Nos termos da convenção, o retorno da criança, deve ser ordenado imediatamente para evitar maiores prejuízos (artigo 11 da Convenção), salvo se ficar comprovado que o genitor abandonado não exercia efetivamente a guarda da criança, de que do retorno decorrerão danos físicos ou psíquicos à criança, se a criança com maturidade para expressar a sua opinião desejar permanecer no país do refúgio ou se as providências administrativas ou judiciais iniciadas pelo pai/mãe abandonado(a) ocorreram mais de um

27 “Children’s preferences are... considered in hearings on the merits of the custody question. The return proceedings are not hearings on the merits of the custody question. The exception places an inordinate burden of responsibility on children... at a time when [they] are fully dependent upon the person who abducted them and cannot help being influenced, if not pressured, by that person... Permitting a child to block the return will make the child the ultimate judge of the abduction’s success or failure.” [Tradução livre: As preferências das crianças são... consideradas em audiências sobre o mérito da questão da custódia. Os procedimentos de devolução não são audiências sobre o mérito da questão da custódia. A exceção coloca uma carga excessiva de responsabilidade sobre as crianças... em um momento em que [elas] são totalmente dependentes da pessoa que as sequestrou e não podem deixar de ser influenciadas, se não pressionadas, por essa pessoa... Permitir que uma criança impeça o retorno fará com que a criança seja o juiz final do sucesso ou fracasso da abdução.”]

ano após a remoção ilícita (artigos 12 e 13 da convenção). Tampouco se dará o retorno se o país de origem da criança não adotar princípios de proteção aos direitos humanos compatíveis com os do Estado de refúgio (artigo 20). Como se viu, esse último óbice ao retorno só se aplica em casos excepcionais.

Finalmente, há que se atentar para dois pontos. Em primeiro lugar, o respeito ao tratado é uma via de mão dupla, pois há também crianças subtraídas do Brasil e levadas para o exterior, que devem ser devolvidas para que o juízo competente no Brasil (neste caso o estadual) decida sobre sua guarda. Além disso, não há que se falar em “proteção à soberania nacional” só por serem brasileiras as crianças a serem enviadas ao país da sua residência habitual. Se a família se constituiu no exterior, como regra geral, esse é o juiz natural para decidir sobre o destino de tais crianças.

O tema abordado no presente artigo certamente justifica reflexão mais detida. Não obstante isso, espera-se que a presente contribuição possa fornecer algumas pré-compreensões fáticas e jurídicas indispensáveis para a eficácia da Convenção da Haia de 1980 no Brasil. Sem prejuízo da possibilidade de aprimoramento do texto convencional – possibilidade para a qual está sempre atenta a Conferência de Direito Internacional Privado da Haia – a Convenção da Haia de 1980 é o remédio disponível mais eficaz para resolver a dramática situação da retirada da criança do país da sua residência habitual. Como se viu, a regra da convenção é o retorno da criança, salvo se presente alguma das situações descritas nos arts. 13 e 20.

REFERÊNCIAS

BEAUMONT, Paul; MCELEAVY, Peter. *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford University Press, 1999.

BEAUMONT, Paul R. The Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice on The Hague Convention on International Child Abduction, *Recueil des Cours*, Leiden: Brill Nijhoff, v. 335, mai. 2009.

BUCHER, Andreas; BONOMI, Andrea. *Droit International Privé*, Alemanha: Helbing & Lichtenhahn. 2001.

BUREAU, Dominique ; WATT, Horatia Muir. *Droit International Privé*, tome I, partie générale, França : PUF, 2010.

CARACAVA, Alfonso Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa; RUIZ, Esperanza Castellanos. *Derecho de familia Internacional*, Editorial Colex, 2008.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado*, Parte Geral, Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado – a Criança no Direito Internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

KLEIN, Catherine; ORLOFF, Leslye; MARTINEZ, Laura; ROSE, Jennifer; NOCHE, Joyce. *The implications of the Hague International Child Abduction convention: cases and practice*. In: SULLIVAN, Kathleen (Org); ORLOFF, Leslye (Org). *Breaking Barriers: A Complete Guide to Legal Rights and Resources for Battered Women*, NIWAP/Legal Momentum, jul. 2013. Disponível em: <https://niwaplibrary.wcl.american.edu/wp-content/uploads/2015/pdf/FAM-Man-Ch6.3-HagueIntlChildAbduction7.12013.pdf>. Acesso em: 18/05/2023

PÉREZ-VERA, Elisa. Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention. In *Acts and Documents of the Fourteenth Session (1980), tome III, Child abduction* (Hague Conference on Private International Law), 1982.

Permanent Bureau of The Hague Conference on Private International Law. *Report on the Fifth Meeting of the Special Commission to Review the Operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction and the Practical Implementation of the Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement And Co-Operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children* (30 October – 9 November 2006). Haia, março de 2007. Disponível em: https://assets.hcch.net/upload/wop/abd_2006_rpt-e.pdf. Acesso em: 18/05/2023

Permanent Bureau of The Hague Conference on Private International Law. *A Statistical Analysis of Applications Made In 2008 Under The Hague Convention Of 25 October 1980 On The Civil Aspects Of International Child Abduction: Part I - Global Report*. Haia, novembro de 2011. Disponível em: <https://assets.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd08ae.pdf>. Acesso em: 18/05/2023

Permanent Bureau of The Hague Conference on Private International Law. *Domestic And Family Violence And The Article 13 “Grave Risk” Exception In The Operation Of The Hague Convention Of 25 October 1980 On The Civil Aspects Of International Child Abduction: A Reflection Paper*. Haia, maio de 2011. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/ce5327cd-aa2c-4341-b94e-6be57062d1c6.pdf>. Acesso em: 18/05/2023

PFUND, Peter H. The Developing Jurisprudence of the Rights of the Child-Contributions of the Hague Conference on Private International Law, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, v. 3, Iss. 2, Article 22, jun. 1997.

SHAPIRA, Amos. Private International Law Aspects of Child Custody and Child Kidnapping Cases, *Recueil des Cours*, Leiden: Brill Nijhoff, v. 214, p. 127-250, mar. 1990.

TIBURCIO, Carmen. The Current Practice of International Co-operation in Civil Matters, *Recueil des Cours*, Leiden: Brill Nijhoff, v. 393, p. 9-310, dez. 2018.

TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme. *Sequestro Internacional de Crianças: comentários à Convenção da Haia de 1980*, Editora Atlas SA, 2013.

TIBURCIO, Carmen. O Sequestro de Crianças e o Direito Internacional, *Revista de Direito do Estado*, n. 13, p. 385–387, jan./mar., 2009.

WOLFE, Karin. A tale of two States: successes and failures of the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction in the United States and Germany, *NYU Journal of International Law & Politics*, Nova Iorque, v. 33, n° 1, p. 285, Fall, 2000.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2ª Região (8ª Turma Especializada). Agravo de Instrumento 2004.02.01.009861-7. *Tratado Internacional – Subtração de Menor – Convenção de Haia Antecipação de Tutela Requerida – Ação de Busca, Apreensão e Repatriação de Criança ao Estado de Israel – Sequestro Internacional de Criança – Melhor Interesse da Criança*. DJU (8ª Turma Especializada). Relator: Juiz Federal Convocado GUILHERME CALMON, DJ de 21 de fevereiro de 2006, p. 202

ESTADOS UNIDOS. United States Court of Appeals, Sixth Circuit. *Friedrich v. Friedrich*, 78 F.3d 1060 (6th Cir. 1996), Circuit Judges: KEITH, BOGGS, and SILER, 13 de março de 1996.

ESTADOS UNIDOS. United States District Court, N.D. Georgia, Atlanta Division. *In re Reapplication of Roberto Giampaolo*, 390 F. Supp. 2d 1269 (N.D. Ga. 2004). District Judge: CLARENCE COOPER, 23 de agosto de 2004.

ESTADOS UNIDOS. US District Court for the District of Puerto Rico. *Aldinger v. Segler* 263 F. Supp. 2d 284 (D.P.R. 2003). District-Judge: GARCIA-GREGORY, 29 de abril de 2003.

ESTADOS UNIDOS. United States Court of Appeals, Fifth Circuit. *Sealed Appellant v. Sealed Appellee*, 394 F.3d 338 (5th Cir. 2004). Circuit Judges: BARKSDALE, GARZA and DeMOSS, 15 de dezembro de 2004.

Recebido em: 30/08/2023
Aprovado em: 10/10/2023

DOSSIÊ

LIBERDADE DE ORGANIZAÇÃO LABORAL, TERCEIRIZAÇÃO E PEJOTIZAÇÃO: A CONTRIBUIÇÃO DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

*FREEDOM OF LABOR ORGANIZATION,
OUTSOURCING AND “PEJOTIZAÇÃO”: JUSTICE
LUÍS ROBERTO BARROSO CONTRIBUTION*

Gustavo Binenbojm¹

SUMÁRIO: Introdução: homenagem ao Ministro Luís Roberto Barroso, um defensor das liberdades constitucionais. 1. Liberdade de organização laboral, terceirização e pejotização na Constituição. 2. Decisões do Supremo Tribunal Federal que chancelam a liberdade de organização laboral e a constitucionalidade dos modelos de terceirização e pejotização. 3. A contribuição do Ministro Luís Roberto Barroso na defesa do regime

¹ Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e *Master of Laws* (LL.M.) pela *Yale Law School*. Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Professor de Cursos de Pós-Graduação da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas e Professor Emérito da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Advogado.

constitucional da liberdade de organização laboral.
Conclusão. Referências.

RESUMO: O texto se destina a demonstrar a relevância do Ministro Luís Roberto Barroso, conhecido por sua atuação em defesa das liberdades constitucionais, na construção, consolidação e aprimoramento do sistema constitucional de proteção à liberdade de organização laboral, que engloba as terceirizações e pejetizações. A livre iniciativa (art. 1º, inciso IV e art. 170, caput, CRFB) e a liberdade profissional (art. 5º, XIII, CRFB) são direitos fundamentais salutares para o Estado de Direito e demandam uma atuação ativa do Supremo Tribunal Federal para a sua defesa. O artigo enfatiza a liberdade econômica e descreve a terceirização e a pejetização como formas legítimas de organização do trabalho, em conformidade com as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) que afirmaram a constitucionalidade de contratações sob esses moldes. O objetivo do artigo é demonstrar, por conseguinte, a inequívoca importância do Ministro Luís Roberto Barroso na delimitação de teses que constituem um avanço do Brasil em prol da liberdade de conformação e organização do trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Ministro Luís Roberto Barroso. Supremo Tribunal Federal. Liberdade. Organização laboral. Terceirização. Pejetização.

ABSTRACT: This article is intended to demonstrate the importance of Justice Luís Roberto Barroso, known for his work in defense of constitutional freedoms, in the construction, consolidation and improvement of the constitutional system of protection of freedom of labor organization, outsourcing and “pejetizações”. Free of enterprise (art. 1, item IV and art. 170, caput, CRFB) and professional freedom (art. 5, XIII, CRFB) are fundamental rights that are fundamental to the rule of law and demand active action by the Federal Supreme Court to defend them. The article emphasizes economic freedom, the possibility of outsourcing and “pejetização” as legitimate frameworks of work organization, in accordance with the decisions of the Federal Supreme Court (STF) that have affirmed its constitutionality. The aim of the article is therefore to demonstrate the unequivocal importance of Justice Luís Roberto Barroso in delimiting theses that constitute a step forward for Brazil in terms of freedom of work.

KEYWORDS: Justice Luís Roberto Barroso. Brazilian Supreme Court. Freedom. Labor Organization. Outsourcing. “Pejetização”.

INTRODUÇÃO: HOMENAGEM AO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO, UM DEFENSOR DAS LIBERDADES CONSTITUCIONAIS

O homem está condenado à liberdade. Lançado no mundo sem um manual de instruções que explique quem é, o que faz aqui e o sentido da vida, ele se depara com esta inexorável contradição: é absolutamente livre para escolher o projeto que desejar; porém é o responsável por suas escolhas, carrega o fardo de ter de inventar-se a si mesmo. Mais que uma decisão meramente individual, a escolha acaba tendo sempre um compromisso para com os outros, uma pretensão universalizante. Ser livre é escolher para si e, em certa medida também para os outros, de maneira compartilhada. Portanto, a liberdade – entendida como a possibilidade de definir o próprio destino – é o atributo essencial da condição humana que nos une e iguala numa empreitada coletiva.

Os direitos fundamentais são associados ao valor liberdade no sentido de autodeterminação do indivíduo, imune a constrições estatais indevidas. Segue daí que o Estado não deve adotar nenhuma das diferentes concepções coletivas de felicidade, de forma a assegurar o pluralismo e o desacordo razoável no seio da sociedade. E a única forma de assegurar esse propósito é por meio da inviolabilidade dos direitos individuais. Cada pessoa é um fim em si mesma e ninguém pode ser instrumentalizado em nome de nenhum ideal coletivo superior (KANT, 2008, p. 349). Nesse contexto, a Constituição assume, como nos albores do liberalismo, a feição de uma *Constituição-garantia*, que especifica um procedimento político justo e incorpora as restrições pelas quais os direitos e liberdades fundamentais serão protegidos e terão assegurada a sua prioridade (RALWS, 2000, p. 396).

No direito contemporâneo, o regime de liberdades é premissa do Estado de Direito e se projeta em diferentes dimensões: a liberdade de expressão e informação; a liberdade religiosa e laicidade estatal; a liberdade política; a liberdade de iniciativa; as liberdades existenciais e a autonomia privada; dentre outras resguardadas e protegidas pela Constituição Federal.

O Ministro Luís Roberto Barroso tem um papel de grande relevância na defesa das liberdades no Brasil, desde sua atuação (i) como professor e jurista²; (i) como advogado, em casos envolvendo, e.g., a defesa do aborto em casos de anencefalia (ADPF nº 54), das uniões homoafetivas (ADI nº 4277 e ADPF nº 132) e das pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI nº 3510); bem como (iii) na sua atuação como Ministro do Supremo Tribunal Federal, que completa uma década, com um trabalho incansável

2 BARROSO (1980); BARROSO (1994); BARROSO (2000); BARROSO (2001a); BARROSO (2001b); BARROSO (2001c); BARROSO (2004, p. 59-102); BARROSO (2008, p. 337-370); BARROSO (2012, p. 343-382); BARROSO (2022, p. 147-158); BARROSO (2023, p. 20-48); dentre outros.

em defesa da democracia, dos direitos fundamentais e dos demais preceitos constitucionais.

O propósito desse artigo, destinado ao volume comemorativo dos dez anos do Ministro Luís Roberto Barroso no Supremo Tribunal Federal, é demonstrar o relevante papel do homenageado na defesa de uma relevante dimensão das liberdades constitucionais: a liberdade de organização laboral, cujo alcance e sentido foi enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal em discussões envolvendo as hipóteses de terceirização e pejetização.

Na sequência dessa introdução, o item 2 delineará o conteúdo da liberdade constitucional de organização laboral. Em seguimento, o item 3 apresentará decisões do Supremo Tribunal Federal que cancelam a liberdade de organização laboral e a constitucionalidade dos modelos de terceirização e pejetização. No item 4, por sua vez, será destacada a contribuição do Ministro Luís Roberto Barroso na defesa do regime constitucional de liberdades laborais. No item 5, ao final, serão apresentadas sínteses conclusivas.

1. LIBERDADE DE ORGANIZAÇÃO LABORAL, TERCEIRIZAÇÃO E PEJETIZAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO

A livre iniciativa é fundamento do Estado brasileiro (art. 1º, inciso IV, CRFB) e princípio geral da Ordem Econômica (art. 170, caput, CRFB). A liberdade foi alçada pela Constituição de 1988 ao patamar de direito fundamental, tanto de forma ampla (como se extrai do art. 5º, caput, CRFB), como em diversas garantias individuais, dentre as quais a da liberdade profissional. Segundo o art. 5º, XIII, da CRFB, “*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*”.

Esse ideal de liberdade econômica em sentido amplo (ORTIZ, 2004, p. 254)³ – inerente à própria noção de Estado Democrático de Direito – pressupõe uma margem de conformação para que as pessoas possam escolher como pretendem gerir as suas atividades pessoais e profissionais⁴. Deve-se permitir que o indivíduo *invente a si próprio* (autodeterminação), o que pressupõe um comportamento inicial de abstenção por parte do Estado nas escolhas econômicas; ou, em outros termos, cabe ao Poder Público uma posição subsidiária (CYRINO, 2018, p. 67), que viabilize e favoreça a plena liberdade de iniciativa (BINENBOJM, 2018, p. 275).

Decorrente direta desse espaço qualificado de liberdade constitucional é a liberdade do particular de empreender, cujo âmbito de proteção abarca duas dimensões de autonomia igualmente fundamentais: o direito do agente

3 Como leciona Gaspar Ariño Ortiz, “La ‘libertad de empresa’ es la expresión moderna de la libertad económica en sentido amplio, que engloba la libertad de contratos, la libertad de transacciones económicas, la libertad de acceso a la actividad y la libertad de ejercicio de ésta” (ORTIZ, 2004, p. 254).

4 Nessa linha, “Só existe liberdade quando o indivíduo detém o poder de determinar qual projeto de vida pretende construir, quais atos deseja praticar, entre aqueles que sabe poder praticar, e quais consequências quer e aceita suportar”. (AVILA, 2019, p. 12).

de escolher o tipo de atividade que pretende realizar (*dimensão objetiva*), bem como a sua formatação jurídico-organizacional (*dimensão conformativa*). Não existe verdadeira autonomia de vontade se não há possibilidade de decisão sobre o que *fazer* e *como fazer* (ORTIZ, 2004, p. 254)⁵. A liberdade de empreender⁶ fica completamente esvaziada se as escolhas do particular sobre a forma de organização de sua atividade (ou mesmo as estratégias de produção) puderem ser superadas pela vontade do juiz ou do administrador, inconformado (injustificadamente) com a opção do particular.

O regime constitucional de liberdade econômica foi densificado pela Lei nº 13.874/2019 (a chamada Lei de Liberdade Econômica – “LLE”), a qual instituiu normas de sobredireito que auxiliam na compreensão do alcance das regras da Constituição. Segundo a legislação, a hermenêutica jurídica deve se voltar à interpretação em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos (art. 1º, §2º e art. 2º, incisos I, II e III da LLE), assegurando aos particulares o direito à inovação e à adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios (art. 4º, inciso IV, LLE). Mais: especificamente quanto à formação de sociedades empresariais, a regra de liberdade foi ratificada mediante inclusão do art. 49-A ao Código Civil, que, em seu parágrafo único, passou a prever que “*a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos*”.

Portanto, o regime constitucional, reiterado pelo legislador ordinário, prescreve um modelo pleno de liberdade de formações e conformações empresariais no desenvolvimento de atividades econômicas e profissionais. Caberá às partes avaliar, concretamente, à luz dos riscos inerentes a cada regime jurídico, qual a modelagem a ser adotada em cada contratação,

5 “*Estos son los ámbitos o aspectos esenciales de la libertad de empresa: 1. Libertad de creación de empresas y de acceso al mercado; 2. Libertad de organización: de elección de nombre, de emplazamiento, de forma de organización y de composición de los órganos de dirección; 3. Libertad de dirección: de producción, de inversión, de política comercial, de precios de competencia leal y de contratación.*” (ORTIZ, 2004, p. 254).

6 A jurisprudência do STF é pródiga em julgados nos quais se destacou o papel central da liberdade de empreender no ordenamento constitucional brasileiro. Nas palavras do Min. Luís Roberto Barroso, “*a regulação estatal não pode afetar o núcleo essencial da livre iniciativa, privando os agentes econômicos do direito de empreender, inovar, competir*” (STF, RE nº 1.054.110/SP, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 09.05.2019, DJ 06.09.2019; g.n.). De forma similar, o Min. Luiz Fux já assentou que “*a garantia da livre iniciativa desponta como desdobramento da liberdade individual projetada nos domínios da economia, a erigir verdadeira proteção do indivíduo contra interferências externas que tolham sua autonomia empreendedora. Cuida-se, aqui, de um típico direito negativo ou de defesa, oponível precipuamente ao Poder Público e às suas prerrogativas de autoridade*” (STF, ADI nº 4.923, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. em 08.11.2017, DJe 05.04.2018; grifou-se).

cabendo ao Estado adotar posição subsidiária e excepcional em tais negócios jurídicos,⁷ sobretudo quando não se está diante de pessoas hipossuficientes.

Diante desse quadro normativo, os particulares são naturalmente livres para escolherem dentre as formulações jurídicas amparadas pelo direito. E não há vedação a priori no ordenamento jurídico, nem decorrente da natureza das coisas, à contratação de determinados serviços – notadamente, aqueles prestados por profissionais intelectuais e hipersuficientes – mediante contrato civil de prestação de serviços celebrado com empresas constituídas por esses próprios profissionais. O que há é a liberdade econômica em sentido amplo. E ser livre é poder escolher o que e como empreender, sob a premissa de que as pessoas jurídicas são não apenas instrumentos lícitos, mas desejados pelo direito, “*com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos*” (cf. art. 49-A do Código Civil).

Tal compreensão tem sido reforçada em diversos precedentes do Supremo Tribunal Federal. De fato, o STF vem sendo chamado a analisar questões envolvendo a legitimidade de vínculos jurídicos estabelecidos entre prestadores e tomadores de serviços que se organizam por meio da contratação entre pessoas jurídicas distintas, seja, *de forma ampla*, em situações de terceirização, seja, *de forma específica*, pela via da pejetização. Diante desse cenário, sobrevieram decisões-paradigma no âmbito da Suprema Corte, reiteradas em diversas oportunidades, quanto aos modelos legítimos de organização empresarial, prestação de serviços e contratação na economia moderna. Dada a relevância desses precedentes, o tópico a seguir cuidará especificamente dos fundamentos declinados pelos Ministros, que cancelam a validade jurídico-constitucional da liberdade de organização laboral.

2. DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE CHANCELAM A LIBERDADE DE ORGANIZAÇÃO LABORAL E A CONSTITUCIONALIDADE DOS MODELOS DE TERCEIRIZAÇÃO E PEJOTIZAÇÃO

Em agosto de 2018, o Supremo Tribunal Federal julgou conjuntamente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324 e o Recurso Extraordinário nº 958.252, paradigma do Tema nº 725 da Repercussão Geral. A ADPF, de relatoria do Min. Roberto Barroso, tinha por objeto um conjunto de decisões que, a pretexto de aplicar a Súmula 331 do TST, produziam

⁷ Essa premissa também foi assentada no parágrafo único do art. 421 e no art. 421-A do Código Civil, também inseridos pela Lei de Liberdade Econômica. Confira-se:

“Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da junção social do contrato. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerá o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”.

“Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.” (g.n.)

“entendimentos casuísticos, imprecisos, erráticos” que não permitiam qualquer previsibilidade quanto às hipóteses de cabimento da terceirização. E isso, na prática, inviabilizava a sua contratação. Já a repercussão geral, de relatoria do Min. Luiz Fux, tinha por objetivo debater a licitude da terceirização e a liberdade de empresas para adoção desse modelo de contratação. A controvérsia foi instaurada a partir de recurso extraordinário⁸ interposto no curso de ação civil pública ajuizada pelo MPT da 3ª Região, em que se questionava a contratação de empreiteiras para a execução de atividades de florestamento e reflorestamento por empresa que tinha por atividade-fim o mesmo objeto social das atividades terceirizadas.

Na oportunidade, o STF, ao declarar a constitucionalidade do modelo de terceirização – inclusive para atividades-fim –, ressaltou a importância de que os Tribunais se adequem às transformações no mercado de trabalho e na sociedade. Nas palavras do Min. Roberto Barroso, os “*princípios da livre iniciativa e da livre concorrência (...) asseguram às empresas a liberdade para o desenvolvimento de atividades econômicas e das suas estratégias de produção em busca dos melhores resultados, maior eficiência e maior competitividade*”, “[d]esde que respeitados os direitos mínimos previstos na Constituição e na legislação (...)”. Realmente, “*a Constituição não impõe adoção de um modelo específico de produção e não impede o desenvolvimento de estratégias flexíveis.*”⁹

A partir dessas premissas, o Tribunal entendeu ser lícita a terceirização ou *qualquer outra forma de divisão do trabalho* entre pessoas jurídicas distintas, tratando-se de meio legítimo de organização das relações trabalhistas¹⁰. De forma explícita, o Tribunal afastou a diferenciação entre atividade-meio e atividade-fim então promovida pela Súmula nº 331 do TST, e que era constantemente invocada por órgãos judiciais e administrativos para configurar a existência de vínculo de emprego. Além disso, deixou claro que a terceirização não precariza direitos trabalhistas e tampouco viola direitos previdenciários. Trata-se de modelo de contratação que encontra amparo nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência. De forma direta, entendeu-se que os valores do trabalho esculpido na Constituição não são concretizados apenas mediante contratos de trabalho típicos, mas também por meio de outras relações e conformações (inclusive entre empresas) que igualmente atendem a preceitos constitucionais, de acordo com a dinâmica complexa das relações sociais contemporâneas.

A mesma lógica orientou o julgamento, em 2020, da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 66, ajuizada pela Confederação Nacional da

8 ARE nº 713211, posteriormente convertido no RE nº 958252, ambos de relatoria do Min. Luiz Fux.

9 STF, ADPF nº 324, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 22.08.2018, DJ 06.09.2019; grifou-se.

10 Como critérios para evitar o exercício abusivo desse tipo de contratação, o acórdão assentou que caberia à contratante (i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada e (ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias.

Comunicação Social – CNCOM para ver declarada a validade do art. 129 da Lei nº 11.196/2005, conhecida como Lei do Bem. Segundo o dispositivo:

“Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão-somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, sem prejuízo da observância do disposto no art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil”.

A ADC tinha como pano de fundo controvérsias judiciais e administrativas em torno do modelo de pejetização. Conforme sustentado pela autora, o art. 129 da Lei nº 11.196/2005 é importante cláusula densificadora da liberdade de empreender, que corrobora a margem de escolha que o agente privado tem, no âmbito de sua liberdade gerencial, para optar por um modelo de produção mais eficiente a seus negócios, precipuamente no âmbito das profissões liberais – o que incluiu advogados, médicos, engenheiros, psicólogos, corretores de imóveis, dentre outros.

Em seu voto, a Ministra Cármen Lúcia, relatora, pontuou que “[a] controvérsia que permeia a presente ação é determinada pela incerteza gerada por prestadores de serviços intelectuais e para os tomadores desses serviços sobre eventual desconsideração de sua relação jurídica pela Administração Pública ou pelo Poder Judiciário que, a pretexto de coibir fraudes e simulação em favor da primazia da realidade, possa a eles impor regramento previdenciário e fiscal mais gravoso que aquele destinado às pessoas jurídicas ou, ainda, reconhecer a formação de vínculo empregatício entre a pessoa física do prestador e a tomadora dos serviços”. Daí que o “[o] receio sobre a eficácia das escolhas empresariais e a dúvida sobre os limites dos compromissos assumidos comprometeria a segurança jurídica, mais ainda, o equilíbrio das relações firmadas, sem o que não se tem como garantido o livre exercício da atividade empresarial e o pleno desenvolvimento econômico”¹¹.

Sensível à importância desses vetores constitucionais, a Corte julgou procedente o pedido da ADC nº 66 e declarou que “a norma do art. 129 da Lei n. 11.196/2005 harmoniza-se com as diretrizes constitucionais, especialmente com o inc. IV do art. 1º da Constituição da República, pelo qual estabeleceu a liberdade de iniciativa situando-a como fundamento da República Federativa do Brasil. Dessa liberdade econômica emanam a garantia de livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão e o livre exercício de qualquer atividade econômica, consagrados respectivamente no inc. XIII do art. 5º e no parágrafo único do art. 170 da Constituição da República”¹².

11 STF, ADC nº 66, Re. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. em 21.12.2020, DJ 19.03.2021.

12 STF, ADC nº 66, Re. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. em 21.12.2020, DJ 19.03.2021. Grifamos. Ainda segundo a Corte, o modelo de vínculo jurídico estabelecido entre prestador e tomador de serviços “deve pautar-se pela mínima interferência na liberdade econômica constitucionalmente assegurada”.

Ou seja, se a premissa é a liberdade – para a escolha da atividade econômica e de suas nuances; de sua formatação e das estratégias do negócio –, o art. 129 da Lei do Bem apenas evidencia um modelo legítimo cujo assento é constitucional. Até porque não há norma na Constituição que repila esse modelo. Antes, a ênfase na livre iniciativa nas suas diversas expressões recomenda interpretações em favor da maior diversidade possível de combinações e alternativas nas relações profissionais e econômicas. Isso não significa concordar com fraudes. O próprio STF, em seus julgados, reconheceu que elas podem e devem ser combatidas, mas jamais presumidas. Sua constatação se dá a partir de elementos concretos aferíveis em cada circunstância. Nessas hipóteses, diz o próprio art. 129 da Lei do Bem, caberá ao julgador, nos termos do art. 50 do Código Civil,¹³ declarar o abuso da personalidade jurídica e desconstituir a relação contratual cível, requalificando-a como empregatícia. Mas o recado dado pelo STF não poderia ter sido mais claro: a regra é de liberdade, e a só possibilidade da existência de fraudes não tem o condão de transformá-la em exceção.

Dito de outra forma, as autoridades administrativas e judiciais não podem simplesmente interferir em contratos livremente celebrados e ignorar os preceitos vinculantes delineados pelo STF. A presunção adotada pelos precedentes, repita-se, é pela validade do modelo de prestação de serviços pela via da pejotização. Qualquer decisão que imponha o vínculo empregatício ignorando essa presunção será inconstitucional. Como citado acima, a intervenção estatal deve se ater a situações-limite e contar com justificativa robusta. A fraude, por outro lado, não se presume. Nas palavras do Min. Luiz Fux:

“A premissa de que a terceirização configura invariavelmente uma fraude confere interpretação aos artigos 2º e 9º da Consolidação das Leis Trabalhistas desconectada do seu texto, extraíndo proibição que não encontra nele qualquer respaldo. O argumento que subjaz a Súmula nº 331 do TST defende faltar à empresa “prestadora” de serviço a assunção dos riscos da atividade econômica, bem assim a personalidade, pois somente repassaria o salário ao empregado, não se apropriando nem se beneficiando do resultado do trabalho por ele prestado. (...)”

Esse argumento, entretanto, não resiste à mais superficial análise. Primeiramente, a divisão entre empresa “tomadora” e “prestadora” de serviço ignora que, na dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência

13 “Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso” (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019).

possível, diversos agentes podem fazer parte de um complexo sistema produtivo, tornando, na verdade, como único “tomador” do serviço o consumidor final. (...)

Logo se percebe que a cisão de atividades não revela qualquer intuito fraudulento, mas sim estratégia de configuração das empresas para fazer frente às exigências do mercado competitivo (em última análise, exigências de consumidores como todos nós), sendo precisamente esse o núcleo protegido pela liberdade de iniciativa inculpada nos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira¹⁴.

Não por menos, o Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, reconheceu que decisões que afastam a presunção de validade do modelo de pejetização, com o objetivo de impor às partes o vínculo de emprego, violam a autoridade de seus precedentes vinculantes. De fato, o STF vem sendo instado por meio de reclamações a reafirmar a autoridade das decisões tomadas no bojo da ADPF nº 324, do Tema 725 da Repercussão Geral e da ADC nº 66. Ao fazê-lo, é como se o Tribunal fosse clarificando por meio de exemplos o conteúdo e o alcance de seus acórdãos-paradigma,¹⁵⁻¹⁶ em um processo hermenêutico dinâmico com viés integrativo.¹⁷

Ainda no ano de 2020, o Ministro Ricardo Lewandowski, relator da Reclamação nº 38.942, foi instado a analisar acórdão do TST proferido no âmbito de ação civil pública que tinha por objeto a contratação de serviços médicos por clínica de medicina diagnóstica no Estado do Rio de Janeiro. A reclamação foi julgada procedente em decisão monocrática¹⁸ e confirmada

14 STF, RE 958252 (Tema nº 725 da Repercussão Geral), Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. em 30/08/2018, DJe 13/09/2019, p. 42/43. Grifamos.

15 Sobre a função da reclamação como meio de interpretar o alcance de precedentes vinculantes, confira-se: *“Reclamação como instrumento de (re)interpretação da decisão proferida em controle de constitucionalidade abstrato. (...) A oportunidade de reapreciação das decisões tomadas em sede de controle abstrato de normas tende a surgir com mais naturalidade e de forma mais recorrente no âmbito das reclamações. É no juízo hermenêutico típico da reclamação – no “balançar de albos” entre objeto e parâmetro da reclamação – que surgirá com maior nitidez a oportunidade para evolução interpretativa no controle de constitucionalidade. Com base na alegação de afronta a determinada decisão do STF, o Tribunal poderá reapreciar e redefinir o conteúdo e o alcance de sua própria decisão. E, inclusive, poderá ir além, superando total ou parcialmente a decisão-parâmetro da reclamação, se entender que, em virtude de evolução hermenêutica, tal decisão não se coaduna mais com a interpretação atual da Constituição”*. (STF, Rel. 4.374, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. em 18/04/2013, p. em 04/09/2013, g.n.)

16 Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha ponderam que *“[a] juiçada a reclamação, pode o tribunal, interpretando a decisão tida como desrespeitada, rejeitá-la. Ao fazê-lo, o tribunal interpreta sua própria decisão”*. Seguem os autores, exemplificando: *“[o] STF, ao julgar a Reclamação n. 9.428, interpretou a sua própria decisão proferida na ADPF n. 130/DF, concluindo que a ementa redigida não refletia com fidelidade a tese jurídica acolhida pela maioria do colegiado, pois, em diversos momentos, vários ministros destacaram a necessidade de ponderar a liberdade de expressão com outros direitos fundamentais”* (DIDIER JR; CUNHA, 2016, p. 558-559).

17 V. ARCHANJO, CARVALHO FILHO (2022).

18 Rel 38942, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, j. em 19/02/2020, DJe 26/02/2020.

pela Segunda Turma do STF¹⁹ sob o fundamento de que, de acordo com os precedentes vinculantes extraídos da ADPF nº 324 e do Tema 725 da Repercussão Geral, é lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, incluindo a pejotização da atividade-fim da empresa contratante. Em outros termos, o STF entendeu que o acórdão do TST, ao considerar ilícito o modelo de contratação estabelecido entre as pejetas de médicos e a clínica de medicina diagnóstica, violou a autoridade das referidas decisões do STF.

Mais recentemente, no âmbito da Reclamação nº 47.843, a Primeira Turma voltou a destacar a licitude do modelo de “terceirização pela chamada ‘pejotização’”, à luz do quanto decidido na ADPF nº 324 e no Tema 725 da Repercussão Geral. De acordo com o Ministro Alexandre de Moraes:

“Já havia discutido, há outros precedentes, e que aqui me parece exatamente o caso específico da possibilidade dessa contratação sem ilicitude. Sabemos que isso ocorre hoje não só na questão médica, mas em inúmeras outras atividades, dentro da possibilidade de se permitir a prestação de serviço, a possibilidade de terceirização lícita da atividade-fim, não podendo, como disse, ser penalizado pela decisão dos tribunais trabalhistas. (...)”²⁰

Por sua vez, na Reclamação nº 56.156,²¹ de relatoria do Min. Alexandre de Moraes, foi cassada a decisão do TRT da 3ª Região que considerara ilegítima a terceirização por pejotização, por entender que um contrato civil entre pessoas jurídicas descaracterizaria um vínculo de emprego necessariamente existente. Segundo o relator, atribuir prevalência apriorística às relações de trabalho organizadas sob a forma empregatícia em detrimento de arranjos contratuais diversificados, que encontrem guarida no ordenamento jurídico, contraria os entendimentos vinculantes consignados na ADPF nº 324 e no Tema 725 da Repercussão Geral.

19 “AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECLAMAÇÃO. CONSTITUCIONAL E CONSTITUCIONAL TRABALHISTA. OFENSA AO QUE DECIDIDO POR ESTE TRIBUNAL NA ADPF 324 E NO RE 958.252-RG/MG (Tema 725 DA REPERCUSSÃO GERAL). RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - A decisão ora atacada não merece reforma ou qualquer correção, pois os seus fundamentos harmonizam-se estritamente com a jurisprudência desta Suprema Corte que orienta a matéria em questão. II - Esta Suprema Corte entendeu que é lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante, sem restringir o alcance dos julgados às situações jurídicas posteriores à edição das Leis 13.429/2017 e 13.467/2017. III - Agravo a que se nega provimento, com aplicação de multa” (Rel 38942 ED-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. em 11/11/2020, DJe 19/11/2020).

20 Rel 47843 AgR, Rel. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, j. em 08/02/2022, DJe 07/04/2022.

21 STF, Rel nº 56.156, Rel. Min. Alexandre de Moraes, decisão monocrática, j. em 04/10/2022, p. em 05/10/2022.

Conclusões idênticas podem ainda ser encontradas em diversas outras decisões recentes da Corte.²² Em tais oportunidades, o STF assegurou a autoridade de seus precedentes vinculantes contra decisões que, de forma direta ou indireta, consideraram ilegítimo o modelo de terceirização ou pejetização, concluindo pela aderência estrita da temática com o julgado na ADPF nº 324 e a tese do Tema nº 725 RG, “*por se relacionar com a compatibilidade dos valores do trabalho e da livre iniciativa na terceirização do trabalho assentada nos precedentes obrigatórios, constituindo o fenômeno da contratação de profissional na forma de pessoa jurídica opção constitucionalmente admitida*”²³. De acordo com o STF, o ordenamento jurídico não alberga a preterição abstrata de formas de divisão de trabalho fundamentadas no direito civil em favor de relações empregatícias, de modo que a satisfação dos requisitos celetistas típicos não pode ser presumida.

3. A CONTRIBUIÇÃO DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO NA DEFESA DO REGIME CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE ORGANIZAÇÃO LABORAL

O Ministro Luís Roberto Barroso tem um papel fundamental na construção da compreensão do regime constitucional de liberdade de organização laboral. Como relator da mencionada ADPF nº 324, em que se debatia a constitucionalidade da Súmula nº 331 do TST, o Ministro foi protagonista na edificação da orientação de que as terceirizações de atividades-fim (até então consideradas ilegais pela justiça trabalhista) eram compatíveis com a Constituição.

Com acerto, o Min. Luís Roberto Barroso, após longa digressão histórica sobre a evolução da sociedade e a alteração das formas de estruturar a produção no sistema capitalista, reconheceu que a Constituição não impõe

22 STF, Rcl nº 53.771 AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, j. em 22/08/2022, p. em 23/08/2022; STF, Rcl nº 53.899 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, j. em 13/06/2023; STF, Rcl nº 55.712 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, j. em 18/10/2022, p. em 19/10/2022; STF, Rcl nº 57.864 AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, j. em 22/02/2023, p. em 28/02/2023; STF, Rcl nº 57.133, Rel. Min. Luiz Fux, decisão monocrática, j. em 13/06/2023, p. em 14/06/2023; STF, Rcl nº 56.285 AgR, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, j. em 27/03/2023, p. em 30/03/2023; STF, Rcl nº 57.794 AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, j. em 03/04/2023, p. em 11/04/2023; STF, Rcl nº 54.712 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. em 03/04/2023, p. em 11/05/2023; STF, Rcl nº 56.851, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, j. em 14/11/2022, p. em 17/11/2022; STF, Rcl nº 55.607, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, decisão monocrática, j. em 28/11/2022, p. em 01/12/2022; STF, Rcl nº 57.618 AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, j. em 31/03/2023, p. em 11/04/2023; STF, Rcl nº 56.982 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, j. em 17/02/2023, p. em 24/02/2023; STF, Rcl nº 57.391 AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, j. em 28/02/2023, p. em 03/03/2023; STF, Rcl nº 56.098, Rel. Min. Luiz Fux, decisão monocrática, j. em 13/06/2023, p. em 14/06/2023; STF, Rcl nº 57.122, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, j. em 10/12/2022, p. em 14/12/2022; STF, Rcl nº 55.246 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, j. em 17/10/2022, p. em 20/10/2022; STF, Rcl nº 54.949, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, j. em 08/08/2022, p. em 09/08/2022; STF, Rcl nº 53.706, Rel. Min. Alexandre de Moraes, decisão monocrática, j. em 31/05/2022, p. em 02/06/2022; STF, Rcl nº 52.469, Rel. Min. Dias Toffoli, decisão monocrática, j. em 24/03/2022, p. em 29/03/2022; STF, Rcl nº 51.873, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, j. em 02/03/2022, p. em 08/03/2022; STF, Rcl nº 50.730, Rel. Min. Alexandre de Moraes, decisão monocrática, j. em 26/11/2021, p. em 30/11/2021.

23 Rcl 53899, Rel. Min. Dias Toffoli, decisão monocrática, j. 17/12/2022, DJe 09/01/2023; g.n.

a adoção de um modelo específico de organização laboral; não impede o desenvolvimento de estratégias empresariais flexíveis; tampouco veda a terceirização. A despeito disso, identificou que a jurisprudência trabalhista sobre o tema não estabelecia critérios e condições claras e objetivas que pudessem permitir sua adoção com segurança. Reconheceu, assim, que o direito do trabalho e o sistema sindical precisavam se adequar às transformações no mercado de trabalho e na sociedade em geral.

Quanto ao mérito da arguição, o Ministro Luís Roberto Barroso estabeleceu que a terceirização das atividades-meio e das atividades-fim de uma empresa tem amparo nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, que *“asseguram às empresas a liberdade para o desenvolvimento de atividades econômicas e das suas estratégias de produção em busca dos melhores resultados, maior eficiência e maior competitividade”*²⁴. No entender do Ministro, a partir de uma moderna visão das liberdades de organização laboral:

*“A terceirização de partes da cadeia produtiva permite, ainda, que a empresa concentre os seus esforços naquelas atividades que constituem o seu diferencial, a sua vantagem competitiva, e que entregue a terceiros as atividades em que estes poderão ter melhor desempenho, em benefício do negócio da própria tomadora do serviço. Essa estratégia pode ser adotada tanto para a execução de atividades-meio quanto para a execução de partes da atividade-fim, se a empresa acreditar que tais partes serão executadas com maior eficiência externamente.”*²⁵

Com efeito, segundo o Relator, a terceirização, em abstrato, não enseja, por si só, precarização do trabalho, violação da dignidade do trabalhador ou desrespeito a direitos previdenciários. Apenas o seu exercício abusivo produziria tais violações, que só poderiam ser constatadas a partir das circunstâncias do caso concreto. Propôs, assim, para compatibilização dos direitos fundamentais contrapostos à liberdade, impor aos contratantes (i) a verificação da idoneidade e da capacidade econômica da terceirizada; e (ii) a responsabilização subsidiária pelo descumprimento das normas trabalhistas e pelas obrigações previdenciárias.

A partir de sua relatoria, o Supremo Tribunal Federal firmou a seguinte tese ao julgar a ADPF procedente, por maioria de votos:

1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada.

24 STF, ADPF nº 324, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 22/08/2018, p. em 06/09/2019.

25 STF, ADPF nº 324, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 22/08/2018, p. em 06/09/2019, p. 49.

2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei nº 8.212/1993.

O Ministro Luís Roberto Barroso também é um agente importante no Supremo Tribunal Federal para a *consolidação* do regime de liberdades de organizações laborais. Após o julgamento da ADPF nº 324, o Ministro teve a oportunidade de ser relator de outros casos envolvendo a matéria, a exemplo (i) da ADI nº 3.961, em que se debateria a constitucionalidade da terceirização de atividades-fim no âmbito do setor de transporte rodoviário de cargas, veiculada pela Lei nº 11.442/2007²⁶; (ii) do Recurso Extraordinário nº 606.003, cuja relatoria original era do Min. Marco Aurélio, em que se debatia a possibilidade do afastamento da relação de trabalho em contratos privados de representação comercial regidos pela Lei nº 4.888/1965; e (iii) do Recurso Extraordinário nº 635.546, cuja relatoria original também era do Min. Marco Aurélio, em que se debatia o direito à equiparação remuneratória entre os empregados celetistas de uma empresa e os empregados de suas terceirizadas.

Quanto à ADI nº 3.961, no entender do Ministro Barroso – que foi seguido pela maioria da Corte –, uma vez preenchidos os requisitos dispostos pela legislação impugnada, “estará configurada a relação comercial de natureza civil e afastada a configuração de vínculo trabalhista”.²⁷ Consoante seu voto:

*“A pretensão reducionista de classificar a priori o vínculo jurídico mantido entre as empresas e os transportadores de cargas, peremptoriamente negada qualquer possibilidade de subsunção dos fatos à norma, implica verdadeiro menoscabo dos direitos fundamentais do trabalhador previstos no art. 7º da Constituição Federal, com nítida chancela de fraude à legislação trabalhista, no que manifestamente nega ao trabalhador questionar no Poder Judiciário, órgão constitucionalmente competente, a definição da real configuração do vínculo jurídico em que se deu a prestação dos serviços em ofensa aos arts. 5º, XXXV, 114, I, da Constituição Federal.”*²⁸

Já em relação ao RE nº 606.003, o Min. Luís Roberto Barroso apresentou voto divergente, no que foi acompanhado pela maioria do Plenário, para dar prevalência ao regime de liberdade de organização laboral. Ao consignar o entendimento de que as atividades de representação comercial autônoma configuram contrato típico de natureza comercial, disciplinado pela Lei nº 4.886/65, a Corte entendeu que vínculo de emprego ou relação

26 ADI 3961, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 15/04/2020, p. 05/06/2020.

27 ADI 3961, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 15/04/2020, p. 05/06/2020.

28 ADI 3961, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 15/04/2020, p. 05/06/2020, p. 52.

de trabalho inexistente entre as partes. Com isso, o Min. Barroso guiou o STF, mais uma vez, no reconhecimento da inexistência de posição preferencial entre o vínculo trabalhista em comparação a outras formas de organização empresarial ou contratual.

No mais, quando do julgamento do RE nº 635.546, o Min. Luís Roberto Barroso também divergiu do Relator original para dar prevalência ao regime de liberdade. Na oportunidade, ao afastar a equiparação salarial entre celetistas e terceirizados, ressaltou que *“a decisão sobre quanto pagar ao empregado é tomada por cada empresa, de acordo com suas capacidades econômicas, e protegida pelos mesmos princípios constitucionais. Portanto, não se pode sujeitar a contratada à decisão da tomadora e vice-versa”*. Deu prevalência, pois, à liberdade empresarial de cada organização em definir a remuneração que entende adequada para seus empregados, sob pena de esvaziar o instituto da terceirização. Definiu-se, assim, a tese, por maioria, de que *“a equiparação de remuneração entre empregados da empresa tomadora de serviços e empregados da empresa contratada (terceirizada) fere o princípio da livre iniciativa, por se tratar de agentes econômicos distintos, que não podem estar sujeitos a decisões empresariais que não são suas”*.

Não fosse o bastante, o Min. Luís Roberto Barroso também atuou como relator em reclamações ajuizadas em face de decisões das instâncias ordinárias que afastaram a validade de contratos de terceirização e reconheceram, de forma indevida, o vínculo trabalhista em relações contratuais privadas de terceirização e pejetização, assegurando a autoridade do Supremo Tribunal Federal em seus precedentes vinculantes.²⁹

O Ministro Luís Roberto Barroso, por fim, também é um catalisador para o próprio aprimoramento do regime de liberdade de organização laboral, em busca de standards adequados para a delimitação do alcance dos precedentes delineados pelo STF, à luz das circunstâncias de casos concretos. Exemplo de tal circunstância é que, ao julgar a Reclamação nº 47.843, que tratava da chamada pejetização de serviços médicos, o Min. Barroso destacou em seu voto que, em relações civis desse tipo, celebradas entre empresas e pessoas jurídicas prestadoras de serviços intelectuais, inclusive para fins de planejamento tributário, não há hipossuficiência que demande a tutela estatal – critério esse que afastou a caracterização da terceirização ilícita, *in verbis*:

“As elites extrativistas brasileiras conceberam um sistema tributário em que o patrão paga menos imposto de renda que um empregado. Esse processo levou a uma progressiva pejetização, ou seja, muitas vezes empregados constituem pessoas jurídicas

29 Confira-se, e.g.: Rcl 37232-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. em 13/10/2020, p. 29/10/2020; Rcl 37012-AgR-ED, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. em 07/12/2020, p. em 14/12/2020; Rcl 56285, Rel. Min. Roberto Barroso, decisão monocrática, j. em 06/12/2022, p. 09/12/2022; Rcl 55607, Rel. Min. Roberto Barroso, decisão monocrática, j. em 28/11/2022, p. 01/12/2022.

para escaparem dessa dualidade perversa, regressiva e que não se sustenta do ponto de nenhuma lógica de justiça distributiva.

Aqui, não acho que estejamos diante de uma questão de proteção de direitos trabalhistas propriamente, inclusive porque não estamos lidando com hipossuficientes que precisam ser substituídos ou representados pelo Ministério Público do Trabalho. Estamos lidando com médicos que, inclusive, e com muita frequência, têm diversos trabalhos e, portanto, não têm uma subordinação direta a um único empregador, a um único hospital ou a uma única empresa de saúde. Constituem empresas para ter um regime tributário melhor – uma decisão tomada por pessoas informadas e esclarecidas, e não hipossuficientes. (...) Tanto a terceirização da atividade-fim, genericamente, quanto a própria chamada pejetização, no caso particular, são toleradas pela legislação brasileira. Há aqui a essência da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em dois casos já reiteradamente citados. (...) Gostaria de lembrar que não são só médicos, hoje em dia – que não são hipossuficientes –, que fazem uma escolha esclarecida por esse modelo de contratação. Professores, artistas, locutores são frequentemente contratados assim, e não são hipossuficientes. São opções permitidas pela legislação.”³⁰

Em suma, é inequívoca a importância do Ministro Luís Roberto Barroso na construção, consolidação e aprimoramento do sistema constitucional de proteção à liberdade de organização laboral, o que abrange formatações das relações laborais para além dos contratos de trabalho celetistas, possibilitando o desenvolvimento de relações privadas por meio de contratos civis, em regimes de terceirização e pejetização.

CONCLUSÃO

A livre iniciativa (art. 1º, inciso IV e art. 170, caput, CRFB) e a liberdade profissional (art. 5º, XIII, CRFB) são direitos fundamentais salutar para o Estado de Direito e demandam uma atuação ativa do Supremo Tribunal Federal para a sua defesa. No tocante à organização laboral, o STF, com acerto, edificou um conjunto de precedentes que deu prevalência ao regime de liberdade, sobretudo em precedentes atinentes às contratações mediante terceirização e pejetização. O presente artigo demonstrou, por conseguinte, o protagonismo do Ministro Luís Roberto Barroso na construção, consolidação e aprimoramento desse sistema constitucional.

A capacidade de pensar o futuro a partir de ideias que possam mudar o mundo para melhor é uma das conquistas da modernidade. As utopias nos movem para frente, como a linha do horizonte nos faz caminhar. Mas é

³⁰ Rel 47843 AgR, Rel. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, j. em 08/02/2022, DJe 07/04/2022, voto do Min. Luís Roberto Barroso, p. 20.

preciso ter compromisso com a realidade, conectando nosso modo de pensar com o próprio mundo, sem convicções fundamentalistas. O Ministro Luís Roberto Barroso consegue ser idealista sem se tornar estéril; ser pragmático sem abdicar dos valores. Afinal, se são as ideias que mudam o mundo, apenas as boas conseguem fazê-lo.

REFERÊNCIAS

ARCHANJO, Marco Alexandre; CARVALHO FILHO, José dos Santos. “Reclamação como ferramenta de superação de precedente formado em controle concentrado de constitucionalidade”. In: *Revista da Advocacia Pública Federal*, v. 3, n. 1, 13 jan. 2022.;

ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019;

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 59-102, 2004;

_____. Constituição. Liberdade de expressão e classificação indicativa. Invalidez da imposição de horários para a exibição de programas televisivos. Parecer. RDE. *Revista de Direito do Estado*, v. 11, p. 337-370, 2008;

_____. Eficácia e Efetividade do Direito à Liberdade. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Rio de Janeiro, v. 5, 2000;

_____. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. In: Álvaro Villaça Azevedo; Wilson Ricardo Ligiera. (Org.). *Direitos do Paciente*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 343-382;

_____. Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988. *Revista dos Tribunais (São Paulo)*, Rio de Janeiro, v. 790, 2001;

_____. Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 224, 2001;

_____. Liberdade de expressão, imprensa e mídias sociais: jurisprudência, direito comparado e novos desafios. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 25, p. 20-48, 2023;

_____. Liberdade Sexual. *In*: Erika Siebler Branco; Tiago Salles. (Org.). *Livrdades*. 1ed. Rio de Janeiro; RJ: Editora JC, 2022, p. 147-158;

_____. Liberdade, igualdade, fraternidade: as falácias ideológicas do nosso tempo. *Anais do Encontro Brasileiro de Direito e Psicanálise Questões de Cidadania*, Curitiba, 1994;

_____. Pequena contribuição ao tema Liberdade. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, Rio de Janeiro, v. 13, 1980;

_____. Tutela e efetividade do direito à liberdade. *In*: Sálvio de Figueiredo Teixeira. (Org.). *Estudos em homenagem ao Ministro Adbemar Ferreira Maciel*. São Paulo: Saraiva, 2001;

BINENBOJM, Gustavo. “Direitos humanos e justiça social: as ideias de liberdade e igualdade no final do século”. *In*: *Temas de direito administrativo e constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008;

CYRINO, André. *Direito constitucional regulatório*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Processo, 2018;

DIDIER JR; Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*, vol. 3. 13 ed. Salvador, JusPodivm, 2016.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2008.

ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*. 3ª ed. Granada: Editorial Comares, 2004;

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Editora Ática, 2000.

Recebido em: 05/09/2023

Aprovado em: 25/10/2023

DOSSIÊ

A CONTRIBUIÇÃO DE LUÍS ROBERTO BARROSO E HARRY BLACKMUN À EMANCIPAÇÃO DA MULHER NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS

THE CONTRIBUTION OF LUÍS ROBERTO BARROSO AND HARRY BLACKMUN TO THE EMANCIPATION OF WOMEN IN BRAZIL AND IN THE UNITED STATES

João Carlos Souto¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. O aborto nos estados unidos da américa. 1.1. Rose, Ramsey e Roe. 1.2. Prática disseminada, tolerada e moralmente aceita. 1.3. O voto do juiz Harry Blackmun. 1.3.1. Interpretação “sem predileção”. 1.3.2. O Código Penal do Texas, Jane Roe e a class action. 1.3.3. Direito à privacidade. 1.3.4 Blackmun, Posner e Scalia: consequencialismo,

¹ Professor de Direito Constitucional (UDF/Brasília), Mestre e Doutor (*Suma Cum Laude*) em Direito (CEUB), Procurador da Fazenda Nacional. É autor de “Suprema Corte dos Estados Unidos - Principais Decisões”, (4^a ed/2021, Atlas).

“pragmatismo jurídico, voltado para o futuro” e supremacia do originalismo. 1.3.5 *Roe v. Wade* tem fundamento em ampla base constitucional. 2 Habeas corpus 124.306, estado do Rio de Janeiro. Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente artigo trata da contribuição concreta de dois juízes à emancipação feminina, no Brasil e nos Estados Unidos da América. Ambos juízes das Cortes de Justiça mais importante em cada um desses dois países. Luís Roberto Barroso, no Brasil. Harry Blackmun, nos Estados Unidos. O artigo divide-se em duas seções. Na primeira são tecidas algumas considerações sobre o aborto nos Estados Unidos, a evolução histórica, da aceitação disfarçada à criminalização da mulher grávida e de quem a auxiliasse no aborto. O caso *Roe v. Wade* foi julgado em 1973 e se constitui em paradigma mundial, mesmo depois de ter sido superado em junho de 2022. O voto do juiz Blackmun é analisado levando-se em conta a realidade dos Estados Unidos antes e depois da decisão. Procurou-se, tanto quanto possível, percorrer as dificuldades inerentes a uma decisão dessa envergadura, em um país com tradição religiosa acentuada, com grande resistência ao aborto. A segunda parte do artigo percorre o “voto-vista” do ministro Luís Roberto Barroso, importante posição do Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, embora não tenha tido idêntico impacto ao causado pela decisão em *Roe v. Wade*. E não teve por razões óbvias, porque tratava-se de habeas corpus, tipo de processo em que a decisão não tem efeitos erga omnes e vinculante. No caso estadunidense, apesar de se tratar também de controle difuso, a vinculação ao precedente propicia efeito amplo ao que restou decidido.

PALAVRAS-CHAVE: Suprema Corte dos Estados Unidos. Supremo Tribunal Federal. Luís Roberto Barroso. Harry Blackmun. Aborto. Inconstitucionalidade da Criminalização.

ABSTRACT: This article deals with the concrete contribution of two judges to female emancipation, in Brazil and in the United States of America. Both judges of the most important Courts of Justice in each of these two countries. Luís Roberto Barroso, in Brazil. Harry Blackmun, in the United States. The article is divided into two sections. In the first, some considerations are made about abortion in the United States, the historical evolution, from the disguised acceptance to the criminalization of the pregnant woman and of those who helped her with the abortion. The *Roe v. Wade* was decided in 1973 and constitutes a world paradigm, even after

being overruled in June 2022. Judge Blackmun's opinion is analyzed taking into account the reality of the United States before and after the decision. As much as possible, an attempt was made to go through the difficulties inherent in a decision of this magnitude, in a country with a strong religious tradition, with great resistance to abortion. The second part of the article covers the “voto-vista” of Minister Luís Roberto Barroso, an important position of the First Panel of the Federal Supreme Court, although it did not have the same impact as that caused by the decision in *Roe v. Wade*. And it did not, for obvious reasons, because it was habeas corpus, a type of process in which the decision does not have erga omnes and binding effects. In the US case, despite the fact that it is also a matter of diffuse control, the link to precedent provides a broad effect to what has remained decided.

KEYWORDS: United States Supreme Court. Federal Supreme Court. Luís Roberto Barroso. Harry Blackmun. Abortion. Unconstitutionality of Criminalization.

INTRODUÇÃO

“Emancipação feminina” é expressão que acolhe diversos significados e uma longa trajetória histórica, que embora extensa, não será enfrentada aqui em detalhes, pela razão óbvia que o objeto do artigo é tratar da contribuição de dois grandes juristas “americanos”² a “um” aspecto do tema, mais especificamente a questão da gravidez e do aborto, e suas maiúsculas repercussões para a vida da mulher.

O artigo discorre sobre o aborto na América acima e abaixo do Rio Grande. Em uma ponta lança um olhar sobre o voto do juiz Harry Blackmun em *Roe v. Wade* (1973). E nesse sentido explora toda a riqueza histórica do voto, que recua a um tempo em que o aborto era tolerado em vários Estados, procurando explicar a mudança social da tolerância à aversão e em seguida a ilegalidade.

Nesse contexto o artigo traça um breve perfil do juiz Harry Blackmun, responsável por redigir o voto, pela maioria, no caso *Roe v. Wade*. Discorre sobre a construção e os detalhes mais importantes do voto, a posição contrária e a profunda divisão que o tema suscita na sociedade estadunidense.

Na outra ponta o artigo se ocupa de traçar um igualmente breve perfil do ministro Luís Roberto Barroso, que é o que se denomina, na Língua de Marco Túlio Cícero, um *primus inter pares*, um Jurista na acepção mais ampla e profunda do termo. E isso se comprova por sua trajetória como

2 Um sul-americano, Luís Roberto Barroso, o outro um norte-americano, Harry Blackmun.

advogado, procurador de Estado, professor de Direito e, principalmente, sua contribuição ao Direito Constitucional, como autor e como juiz da mais importante Corte de Justiça do Brasil.

Como se trata de um estudo de direito comparado acerca da contribuição à Emancipação da Mulher, a decisão escolhida como objeto desse trabalho foi o proferida pelo ministro Barroso no Habeas Corpus 124.306; cujo voto inaugura um novo capítulo do tema aborto na Justiça e sociedade brasileiras.

O artigo aborda um tema - conquista ao direito ao aborto via decisão judicial - com dois eixos: um na América do Norte e outro na América do Sul. Em outras palavras: um aspecto importante da emancipação feminina, fruto parcial da efetiva contribuição de dois grandes juristas.

Embora trate-se da contribuição jurisprudencial de dois juristas ao tema “aborto”, qualquer artigo que se proponha discorrer sobre Emancipação feminina, há que ter no horizonte um registro - ainda que breve - sobre a luta das mulheres pelo direito ao voto, longa caminhada que possibilitou descortinar outros direitos.

Essa prerrogativa continua³ sendo uma das principais pautas do sexo feminino, desde a histórica Convenção de *Seneca Falls* (LEPORE, 2019, p. 257), nos Estados Unidos, em 1848, marco da luta pelo sufrágio universal, que teve como protagonistas Susan Anthony e Elizabeth Stanton⁴.

A *Seneca Falls Convention* foi desenhada para debater temas de interesse da mulher e resultou na adoção da denominada “Declaração de Sentimentos”, que pode ser sumarizada na seguinte observação de autoria de Jill Lepore (2019): “A Declaração de Sentimentos de Stanton não pedia apenas uma reforma legislativa fragmentada, mas ecoava a Declaração de Independência”. A alusão à Declaração de Independência reside no tom e no estilo utilizado, propositadamente parecido com o importante texto de 1776.

O voto somente viria a ser conquistado em 1919, com a aprovação da Emenda Dezenove, que havia sido proposta alguns anos antes, em 1878, mas a alteração constitucional guarda as digitais das organizadoras e participantes da *Seneca Falls Convention*, semente que continuaria a dar frutos nos anos e séculos seguintes, não só relativamente ao sufrágio universal, mas a outros direitos que se descortinaram desde então.

3 Alguns estados nacionais ainda impõem restrições ao direito do voto das mulheres.

4 Ambas foram importantes na organização da *Seneca Falls Conventions* e tiveram igualmente participação ativa no movimento feminino que se seguiu, incluindo na criação de um jornal voltado para torna-lo público, o que concretizou em 1876, com o *Ballot Box*, mais tarde rebatizado como *National Citizen*. Cf. McMillen (2008, p. 210).

1. O ABORTO NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

1.1. Rose, Ramsey e Roe

Famílias numerosas eram comuns em fins do século XIX e até meados do século XX, no Brasil, nos Estados Unidos ou na Europa, para citar só o Ocidente. Os Kennedys, considerada a mais tradicional família de políticos dos Estados Unidos, eram nove irmãos, filhos de Joseph Patrick Kennedy e Rose Kennedy (NASAW, 2012, p. 9).

Da realeza de carne e osso do Estado de Massachussetts, para a ilha de Skye, na Escócia, onde Virginia Woolf ambientou um romance de cunho aparentemente autobiográfico, sobre uma família ficcional controlada pelo patriarca, o Senhor Ramsey, e no qual a esposa, a Senhora Ramsey, tinha um certo protagonismo, ela que havia parido oito filhos (WOOLF, 2022, p. 15). Um dia, por volta de 1910, ela demonstrou um misto de irritação e decepção porque o marido vetara um passeio ao Farol, desejo de James Ramsey, um dos filhos.

O século XX teve início sob o signo de enorme discriminação de gênero, com a mulher ainda subjugada, sem direito a voto e no mais das vezes sem voz na relação conjugal. Sequer possuíam o direito de não querer engravidar ou de optar pela interrupção da gravidez. A submissão de Rose Kennedy a Joseph, abunda no livro *The Patriarch* (NASAW, 2012, p. 47-48). Em grau menor, a da senhora Ramsey ao “chefe” da família. Ambas - a real Rose e a fictícia Ramsey - testemunharam um tempo que em certa medida ficou para trás, mas enquanto nele viveram, sequer tinham controle sobre o próprio corpo, foram impedidas, por tradição, pela religiosidade, pelas leis, ou pela Justiça, de adotar métodos contraceptivos ou de impedir a continuidade da gravidez.

Nos Estados Unidos, em ambos os casos, a solução para o problema, para os limites impostos à autonomia da mulher sobre seu próprio corpo, é resultado da atuação da Suprema Corte, em duas decisões emblemáticas: *Griswold v. Connecticut* (EUA, 1965) e *Roe v. Wade* (EUA, 1973). A primeira versa sobre a declaração de inconstitucionalidade de uma lei do Estado de Connecticut que proibia o uso de métodos contraceptivos, resquícios das Comstock Laws⁵, de fins do século XIX.

Roe v. Wade, embora tenha sido revogado pela Suprema Corte em 24 de junho de 2022, o julgado ainda permanece relevante, seja pelo que de positivo proporcionou durante quase meio século de vigência, seja porque

5 Amy Werbel cita, inclusive, a criação de uma associação (*National Defense Association*), em 1878, “fundada especificamente e exclusivamente para prover assistência legal e financeira àqueles presos ou ameaçados em casos envolvendo *Comstock Laws*, Estadual e Nacional” (*an organization founded specifically and exclusively to provide legal and financial assistance to those arrested or threatened in cases involving the Comstock Laws, State, and National*), cf. Werbel (2018, p. 126). Sobre Comstock Laws, consultar, ainda, Johnson (2005).

ainda inspira mulheres a lutarem pela adoção de legislação que possibilite a escolha pessoal em interromper a gravidez, e, ainda, por manter aceso o debate político e jurídico nos Estados Unidos, tanto no plano federal⁶ quanto no estadual.

Roe não morreu, foi seriamente alvejado, banido em alguns Estados, mas definitivamente não se pode declarar óbito. Há uma decisão contrária (EUA, 2022), um recuo considerável, mas evidentemente há luta, há disposição para reverter a decisão, como bem ilustra o resultado de um plebiscito no Kansas, majoritariamente republicano e, portanto, conservador. Em 02 de agosto de 2022 os eleitores do Estado foram às urnas especificamente para decidir o tema aborto e o resultado dessa consulta, com maciça presença aos locais de votação, surpreendeu a todos. O jornal *The New York Times* registrou que “os eleitores do Kansas decidiram retumbantemente contra a remoção do direito ao aborto da Constituição Estadual” e classificou o resultado como “uma grande vitória para o movimento pelo direito ao aborto em um dos estados tradicionalmente conservadores da América” (SMITH; GLUECK, 2022, p. 1)⁷.

Outro exemplo expressivo do movimento desencadeado com a decisão Dobbs foi a postura da Câmara dos Deputados (*House of Representatives*) que aprovou projeto de lei⁸ autorizando o aborto (WANG; SCOTT, 2022). O projeto, contudo, não conseguiu passar no Senado, considerando que a Casa, desde a eleição de 2020, é literalmente dividida ao meio, e mesmo o voto de minerva da vice-presidente da República nem sempre é suficiente. O Senado tem características muito específicas, entre elas o processo legislativo em que há o *filibuster*, instrumento legislativo “profundamente arraigado na cultura política dos Estados Unidos” (WAWRO; SCHICKLER, 2006, p. 6) e presente na história da Câmara Alta há mais de um século, e que não se confunde (embora seja parecido) com a mera “obstrução” como conhecida no Brasil.

Por tudo isso, Roe - nome fictício utilizado por Norman McCorvey⁹ (HALL; ELY JR., 2009, p. 304) para não revelar sua real identidade, recurso comum no direito estadunidense - é um salto comportamental evolutivo se comparado aos de Rose e Ramsey.

6 Ver, mais abaixo, menção ao *Women's Health Protection Act*.

7 Anote-se que o desfecho dessa eleição no Kansas é indicativo contundente do grau de mobilização de parte da sociedade estadunidense pela manutenção das regras garantidas por Roe durante aproximadamente cinquenta anos.

8 Aliás, mesmo antes da decisão em Dobbs o Legislativo federal já emitia sinais concretos de mobilização, ante a possibilidade de precedente (Roe) ser revogado. Em maio de 2021 o Senado derrubou o projeto de lei denominado *Women's Health Protection Act* (Lei de Proteção à Saúde da Mulher). A derrota motivou o Senador Chuck Schumer, de Nova Iorque, a conchamar a sociedade a votar no Partido Democrata: “Eleja mais democratas pró escolha se quiser proteger a liberdade e o direito de escolha de uma mulher”. Cf. Karni (2022).

9 O nome completo era Norma Leah Nelson McCorvey.

1.2. Prática disseminada, tolerada e moralmente aceita

Em livro publicado em 2022 Leslie Reagan discorre sobre o aborto nos Estados Unidos em fins do século XIX e início do século XX, e assevera que “apesar da criminalização em todo o país o aborto continuou e foi amplamente tolerado” (REAGAN, 2022, p. 20). “Na virada do século” (...) - continua a autora - “o aborto continuou a ser um método importante de controle de natalidade, particularmente para mulheres casadas da classe trabalhadora”, como Francis Collins, uma senhora casada, residente em Chicago, que na década de 1920 falecera por complicações decorrentes do aborto. Reagan completa registrando que “o uso do aborto no século XX fazia parte de uma longa tradição entre as mulheres de controlar e limitar a gravidez” (REAGAN, 2022, p. 20, tradução nossa)¹⁰.

Estima-se que por volta de 1920, ano que Francis Collins faleceu, eram praticados centenas de milhares de abortos nos Estados Unidos (GORDON, 1990, p. 493), somente em Chicago, em 1904, o quantitativo era da ordem de seis a dez mil abortos por ano (REAGAN, 2022, p. 23), o que reforça mais do que a impressão, em verdade a quase certeza de que se tratava de uma sociedade que por largo espaço de tempo conviveu com o aborto sem se escandalizar e sem puni-lo, ou, no máximo, com punições mínimas.

Catagórico, Geoffrey Stone afirma que “no século XVIII e início do XIX não havia leis proibindo a contracepção ou o aborto antes do feto demonstrar sinais de vida” (STONE, 2017, p. 180, tradução nossa)¹¹. Ele admite, entretanto, que se desconhece a “extensão precisa” de como a população utilizava métodos contraceptivos ou abortivos nessa época, contudo, era possível inferir o aumento do controle de natalidade, considerado a taxa de crescimento populacional do período, em que se registrou uma queda acentuada de 1800 a 1900 ((STONE, 2017, p. 180). Por volta da metade do século XVIII, 1840 para ser mais preciso, o aborto crescia nas áreas urbanas e dele faziam uso mulheres casadas, da classe média e de classe mais alta, e a sociedade começava a perceber que não se tratava de coisa de “prostitutas” ou “recurso de desesperadas” (STONE, 2017, p. 181), estigma que acompanhava umas e outras.

Ainda com o relato de Geoffrey Stone (2017), o uso de contraceptivos e o aborto se consolidaram - por volta de 1850 - “como práticas legítimas e moralmente aceitas”, para “manter e melhorar o bem estar econômico das famílias”, bem como atender as preocupações dos que acreditavam nas projeções do economista britânico Thomas Robert Malthus, a respeito da

10 No original: *Abortion continued to be an important method of birth control, particularly for working-class, married women like Collins. Early-twentieth-century women's use of abortion was part of a long tradition among women to control and limit their childbearing.*

11 No original: *In the eighteenth and early nineteenth centuries, there were no laws prohibiting either contraception or abortion before quickening.*

equação aumento populacional, fome e declínio social (STONE, 2017, p. 180-181). Duas décadas depois, em 1870, aproximadamente vinte por cento das mulheres terminavam precocemente a gravidez mediante aborto. A partir desse momento “os moralistas começaram a se mover” (STONE, 2017, p. 181) contra essas práticas.

O moralismo a que se refere Stone caminhou de mãos dadas com a religião, retroalimentaram-se. Um pouco antes¹², por volta de 1820, os Estados Unidos encontravam-se engolfados numa espécie de renascimento do movimento religioso, que inclusive tem nome bastante sugestivo, *Second Great Awakening* (segundo grande despertar) movimento que “infundiu na política americana o fanatismo do milenarismo: seus mais ardentes convertidos acreditavam que estavam à beira de eliminar o pecado da palavra que tornaria possível a Segunda Vinda de Cristo” (...) (LEPORE, 2019, p. 190) que chegaria “em menos de três meses”, mas diferentemente da primeira vinda, agora (século XIX), ele não se dirigiria “para as terras sagradas, para Belém ou Jerusalém,” mas para partes “industrializadas do país, como Cincinnati e Chicago, Detroit e Utica” (LEPORE, 2019, p. 190).

É justamente esse período que registra o crescimento do movimento conservador que mais tarde viria desembocar nas *Comstock Laws*, conjunto de normas (federal e estadual) que a pretexto de combater pornografia, prostituição e métodos anticonceptivos, se constituíram em um amplo código de censura prévia que alcançou praticamente qualquer tipo de manifestação artística, além de conceder a seu mentor, Anthony Comstock, amplo poder de polícia quando do exercício do cargo de “agente especial” dos Correios dos Estados Unidos.

Os germes do movimento antiaborto se alimentaram e cresceram nesse ambiente que misturou o profundo sentimento religioso do início do século XIX com o “grande despertar” e posteriormente a *Comstock Era*, com o seu conhecido conservadorismo. É nesse cenário que o sentimento antiaborto cresce e se perpetua, com diferentes nuances, até os dias que correm.

Esse cenário permitiu que a Suprema Corte, pela segunda vez¹³ no século XX, assumisse um protagonismo que John Marshall certamente jamais imaginou. A amplitude e insensatez das leis estaduais antiaborto, somados à inércia do legislador federal, conduziram a Corte ao julgamento do caso *Roe v. Wade*, já mencionado, e que a partir do item seguinte será objeto de considerações, especialmente o voto do juiz Harry Blackmun.

12 “Antes” tendo como referência os anos 1870 que Geoffrey Stone afirmou que “os moralistas começaram a se mover.”

13 A primeira foi em *Brown v. Board of Education*, 1954.

1.3. O voto do juiz Harry Blackmun

Harry Andrew Blackmun nasceu no Estado do Minnesota, graduou-se pela *Harvard Law School*, foi indicado à Suprema Corte dos Estados Unidos pelo conservador Richard Nixon, tornou-se liberal com o passar do tempo e dois anos e meio depois de tomar posse como juiz do Tribunal mais importante do país, foi designado para elaborar o voto que expressou o sentimento da maioria em um dos casos mais relevantes da História da Suprema Corte, e certamente o que promoveu maior divisão, mais até que *Brown v. Board of Education*, contestado mais no sul profundo e por bolsões no resto do país.

O caso *Roe v. Wade* o transformaria, aos olhos de todos, em um juiz liberal, e para além de marcar sua trajetória na Suprema Corte, haveria de definir sua vida como jurista que rompeu com o que pareceria impossível.

Mergulhando diretamente no voto, o primeiro parágrafo acolhe o registro da semelhança entre “os estatutos normativos do Texas” que eram, no que concerne à criminalização da prática do aborto, “típicos daqueles que estão em vigor em muitos estados há aproximadamente um século” (EUA, 1973, p. 116, tradução nossa)¹⁴. Em seguida ele afirma reconhecer a “natureza sensível e emocional da controvérsia do aborto, das vigorosas opiniões opostas, mesmo entre os médicos, e das convicções profundas e aparentemente absolutas que o assunto inspira” (EUA, 1973, p. 116). Continua e sublinha que a “filosofia de uma pessoa, suas experiências, sua exposição às arestas cruas da existência humana, seu treinamento religioso, suas atitudes em relação à vida e à família e seus valores e os padrões morais que ela estabelece” tudo isso, pouco mais, pouco menos, “provavelmente influenciará e colorirá a vida de alguém. pensamentos e conclusões sobre o aborto” (EUA, 1973, p. 116).

Sobre a “natureza sensível e emocional” do aborto, a “filosofia” da pessoa, a influência familiar, os “valores e os padrões morais”, não há o que se contestar. A interrupção de uma vida em potencial, as dificuldades e o fardo imposto à mulher grávida e futura mãe de uma criança que ela não planejou ter e não quer ter, pode, como lembra John Hart Ely, “arruinar a vida de uma mulher” (ELY, 1973, p. 923, tradução nossa)¹⁵.

Ainda com relação aos primeiros parágrafos do voto do juiz Blackmun, é curioso que no terceiro, o mais curto dos três, ele tenha se referido diretamente ao “crescimento populacional”, como um fator que, entre outros, tende “a complicar e não a simplificar o problema.” Aqui encontra-se presente a crença, muito comum no século XX, que o mundo caminhava para uma explosão populacional. Em 1974, portanto um ano depois da decisão de Roe, ficou

14 No original: *The Texas statutes under attack here are typical of those that have been in effect in many States for approximately a century.*

15 No original: *Having an unwanted child can go a long way toward ruining a woman's life.*

pronto um relatório (“Memorando sobre Estudo de Segurança Nacional”) (EUA, 1974) encomendado pelo governo dos Estados Unidos, cujo subtítulo ajuda a entender o registro de Blackmun sobre “crescimento populacional” e suas consequências: “implicações do crescimento populacional para a segurança dos Estados Unidos”. Embora o documento fosse sigiloso é provável que alguns integrantes da alta administração tenha tido informações sobre sua elaboração¹⁶ e mesmo que não tivesse o temor do crescimento populacional era algo presente nessa época. De modo que Blackmun ao se referir ao tema provavelmente estivesse sopesando o aborto também como um elemento de controle populacional, sem, contudo, atribuir ao controle populacional elemento preponderante para sua decisão.

1.3.1. Interpretação “sem predileção”

Após o registro sobre as questões “sensíveis”, “sociais” e “familiares” - entre outras - que cercam o tema, Blackmun, de imediato assinalou que a tarefa dos juízes da Corte “é resolver a questão pela medida constitucional, livre de emoção e de predileção.” Disse que a Corte “procurava sinceramente fazer isso”, e ao fazê-lo ela “investigava” e “neste voto” os juízes colocavam¹⁷ “ênfase na história médica e médico-legal e o que essa história revela sobre as atitudes do homem em relação ao procedimento de aborto ao longo dos séculos” (EUA, 1973, p. 117).

Em reforço à postura de distanciamento de opções pessoais na interpretação constitucional, Blackmun tratou de invocar Oliver Wendell Holmes Jr., especificamente uma passagem sempre lembrada do jurista de Massachusetts no voto dissidente em *Lochner v. New York* (EUA, 1905). Ao fazê-lo optou por transcrever metade do parágrafo original, suprimindo a parte em que Holmes se referiu à 14^a Emenda ao afirmar que “uma constituição não pretende incorporar uma teoria econômica particular, seja de paternalismo e da relação orgânica do cidadão com o Estado ou de *laissez faire*” (EUA, 1905, p. 75-76). Em seguida completou¹⁸ que ela “é feita para pessoas com pontos de vista fundamentalmente diferentes, e o acidente de acharmos certas opiniões naturais e familiares ou novas e até mesmo chocantes não deve concluir nosso julgamento sobre a questão de saber se os estatutos que os incorporam conflitam com a Constituição dos Estados Unidos” (EUA, 1973, p. 117).

Comentando essa passagem, Felix Frankfurter observa que o juiz Holmes “reconhece que a atividade estatal significa necessariamente

16 O Relatório Kissinger foi objeto de comentários quando da análise do caso *Griswold v. Connecticut*.

17 Refere-se ao voto que ele estava a revelar. A referência aos “juízes” é porque o voto exprimia o entendimento da maioria, *in casu*, sete dos nove juízes que compõem a Corte.

18 A partir daqui a transcrição integra o voto de Blackmun.

experimentação; e enquanto a própria essência das limitações constitucionais é limitar a área de experimentação, as limitações não são autodefinidas” (...) e que a constatação sobre “limitações deve ser, como recentemente colocado pelo Juiz McKenna”¹⁹, mediante “um julgamento da experiência em oposição a um julgamento da especulação” (FRANKFURTER, 1916, p. 692).

O prestígio e o equilíbrio de Oliver Holmes parecem cair bem em um caso controverso com Roe, especialmente porque Holmes é a quintessência do realismo jurídico. Por sinal, o jurista que serviu na Guerra Civil norte-americana foi mencionado tanto no voto vencedor quanto em um dos vencidos, de autoria do juiz William Rehnquist, que afirmou ter a maioria o lido de forma equivocada.

1.3.2. O Código Penal do Texas, Jane Roe e a *class action*

O que interessava à Corte, disse Blackmun, sem ardores, eram os artigos 1191-1194 e 1196 do Código Penal do Estado do Texas. Foram eles que restaram impugnados pela ação ajuizada por Roe na Corte Distrital em Dallas e que chegou ao Tribunal Supremo via recurso. Os artigos diziam ser crime “procurar um aborto” ou “tentar fazê-lo, exceto no que diz respeito a ‘um aborto obtido ou tentado por orientação médica com o objetivo de salvar a vida da mãe’” (EUA, 1973, p. 117-118). Registrou, ainda, que “Estatutos semelhantes existem na maioria dos Estados” (EUA, 1973, p. 118) e que a legislação impugnada datava de 1854, listando as modificações posteriores até à mais recente, em 1911, data da decisão.

Sobre Roe disse tratar-se de mulher “solteira” e que alegava encontrar-se grávida e com o desejo de “interromper a gravidez por meio de um aborto “realizado por um médico competente e licenciado, em condições clínicas seguras”, argumentando, ainda, que “os estatutos do Texas eram inconstitucionalmente vagos e que restringiam seu direito à privacidade pessoal, protegido pela Primeira, Quarta, Quinta, Nona e Décima Quarta Emendas.” Acrescentou que a ação ajuizada por Roe era “em nome dela e de todas as outras mulheres” em situação semelhante” (EUA, 1973, p. 120).

O pedido, ao englobar “todas as outras mulheres”, enveredava por aquilo que o direito norte-americano já conhecia desde o século XIX, mas que tomou feições mais claras e passou a se desenvolver a partir da década de 1960 como *class action*, “uma ação de natureza especial” em que o autor, a depender das circunstâncias fáticas, pode ajuizar a ação em nome de “centenas, milhares, ou mesmo milhões de pessoas” (FITZPATRICK, 2019, p. 7), que, em caso positivo, serão beneficiadas por uma única decisão, ainda que não apareçam listadas na ação, como diretamente interessadas.

¹⁹ Frankfurter se refere a Joseph McKenna, *Associate Justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos de 1898 a 1925. Cf. HALL; ELY JR., 2009, p. 625-627).

O fato de Roe ter proposto a ação coletiva não significa que o juiz de primeiro grau estava obrigado a aceitá-la. Seu processamento depende do juiz que a recebe, ela é “controlada pela Corte”, no dizer de Volkomer (1994, p. 88). Ele pode indeferi-la como tal e ela continua como uma ação comum (*regular civil action*). É o que poderia ter acontecido com a ação proposta por Jane Roe. Não depende de acordo das partes, mas da palavra última do juiz (VOLKOMER, 1994, p. 88).

1.3.3. Direito à privacidade

O “direito à privacidade” ocupou espaço generoso no voto. Trata-se de engenhosa construção do juiz William Douglas ao elaborar o voto principal (opinião da Corte) no caso *Griswold v. Connecticut*, julgado menos de uma década antes de *Roe*.

A primeira linha dedicada ao tema acolhe uma declaração verdadeira e que simultaneamente prima pela objetividade. Diz que “a Constituição não menciona explicitamente nenhum direito à privacidade”. Entretanto, assinala que “uma linha de decisões, (...) remontando talvez” a um caso julgado em 1891 (EUA, 1981), “a Corte reconheceu que o direito à privacidade pessoal ou a garantia de certas áreas ou zonas de privacidade, existe de acordo com a Constituição” (EUA, 1973, p. 152, tradução nossa)²⁰. Lista em seguida uma série de decisões da Corte e manifestações de “juízes individuais” que, “em contextos variados”, “encontraram, de fato, pelo menos as raízes desse direito” na Primeira Emenda, em 1969 (EUA, 1969); na Quarta e Quinta Emendas, em 1968 (EUA, 1968, p. 8-9), 1967 (EUA, 1967), 1886 (EUA, 1886) e 1928 (EUA, 1928); “nas penumbras do Bill of Rights”, 1965 (EUA, 1965, p. 484-485); na Nona Emenda, (EUA, 1965, p. 486); e “no conceito de liberdade garantido pela primeira seção da Décima Quarta Emenda” (EUA, 1923).

O inventário de ações julgadas pela Suprema Corte ou objeto de voto por um de seus integrantes relacionadas “às raízes” do direito à privacidade não se esgota nas mencionadas acima, ele tem seguimento e parece-nos razoável reproduzi-la aqui, ao menos para propiciar uma noção da amplitude do conceito, adaptável a situações das mais diversas. Essas decisões (Blackmun se refere às citadas acima e as demais que ele passa a elencar) “deixam claro que apenas os direitos pessoais podem ser considerados ‘fundamentais’ ou ‘implícitos no conceito de liberdade ordenada’, citando *Palko v. Connecticut* (EUA, 1937), e, desse modo, podem ser incluídos no âmbito da “garantia de privacidade pessoal” (EUA, 1973, p. 152). Disse mais (EUA, 1973, p. 152,

²⁰ No original: *the Court has recognized that a right of personal privacy, or a guarantee of certain areas or zones of privacy, does exist under the Constitution.*

tradução nossa),²¹ que igualmente deixam claro que o direito (à privacidade) “tem alguma extensão para atividades relacionadas ao casamento” (EUA, 1967), “procriação (EUA, 1942), contracepção (EUA, 1972), relações familiares (EUA, 1944), e criação e educação infantil (EUA, 1925).

Para Blackmun era indiferente que o direito à privacidade fosse fundamentado “no conceito de liberdade pessoal e restrições à ação do Estado da Décima Quarta Emenda,” ou “na reserva de direitos assegurada na Nona Emenda”; em qualquer das duas hipóteses ele se apresentava “amplo o suficiente para abranger a decisão da mulher de interromper ou não a gravidez” (EUA, 1973, p. 153, tradução nossa)²².

A Corte Distrital, autora da decisão que estava sendo revista na Suprema Corte, preferia enquadrar o aborto no âmbito da Nona Emenda. Blackmun particularmente entendia que o melhor amparo ao direito era aquele assegurado pela cláusula do Devido Processo Legal, agasalhada na Décima Quarta Emenda. Essa Emenda é de 1868, considerada uma das mais importantes alterações no Texto Constitucional dos Estados Unidos, concebida principalmente para proteger e garantir cidadania plena²³ aos ex-escravos diante da resistência de alguns Estados (especialmente os que se rebelaram contra a União e causaram a Guerra Civil) e que acolhe no seu texto a Cláusula da cidadania plena, do Devido Processo Legal e da Igualdade, entre outras.

Pragmático, apontou para o “evidente prejuízo que o Estado imporia à gestante ao negar totalmente” a escolha do aborto. A negativa imporia “danos específicos e diretos clinicamente diagnosticáveis, mesmo no início da gravidez”. Afirmou que “a maternidade, ou filhos adicionais, podem impor à mulher uma vida e um futuro angustiantes.”, além da possibilidade de comprometimento “psicológicos iminentes”, bem a probabilidade de afetar “a saúde mental e física (...) pelo cuidado da criança” (EUA, 1973, p. 153).

Rechaçou-, em seguida, o argumento do “recorrente e alguns amici” no sentido de que “o direito da mulher é absoluto” e que ela pode “interromper sua gravidez a qualquer momento, de qualquer maneira e por qualquer motivo que ela escolher.” Foi claro e direto: “Com isso não concordamos” (EUA, 1973, p. 153).

Lembrou que a Corte tinha precedentes (não os listou) que a par de reconhecer “o direito à privacidade também reconhecem que algumas

21 No original: *They also make it clear that the right has some extension to activities relating to.*

22 No original: *This right of privacy (...) is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy.*

23 Formalmente pode-se dizer que ela garantiu. Mas a dinâmica histórica impôs dificuldades enormes aos afrodescendentes. A reação de alguns Estados do sul (não só eles, mas principalmente eles) ao fim da escravidão ficou conhecida como *Jim Crow Laws*, conjunto de normas segregacionistas que procuraram manter uma espécie de escravidão material. Antes mesmo de a Suprema Corte se pronunciar em *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896) já haviam decisões judiciais de órgãos inferiores apontando para a legalidade de escolas separadas entre brancos e negros. Em 1877, em New Orleans, o juiz William B. Woods decidiu “em três parágrafos” que não havia contrariedade à XIV Emenda. Um pouco antes em São Francisco na Califórnia, igualmente decisão judicial com idêntico entendimento. Cf. (TRONS, 2002, p. 99-101).

regulamentações estaduais em áreas protegidas por esse direito são apropriadas.” Assim, “em algum momento da gravidez,” afigurava-se “suficientemente convincente” sustentar “a regulamentação dos fatores que governam a decisão do aborto. O direito de privacidade envolvido, portanto, não pode ser considerado absoluto” (EUA, 1973, p. 154). Inclusive, a Corte, no passado, “recusou-se a reconhecer um direito ilimitado” dessa natureza²⁴.

1.3.4. Blackmun, Posner e Scalia: consequencialismo, “pragmatismo jurídico, voltado para o futuro” e supremacia do originalismo

A exegese que Harry Blackmun imprimiu nessa parte do voto foi no sentido de considerar o impacto da legislação proibitiva do aborto sobre a vida da mulher grávida, obrigada pelo Estado a ter um filho indesejado. Os argumentos - que integram a decisão - têm fundamento e conexão com a realidade de gravidez não planejadas. São pragmáticos porque afastam consequências potencialmente nefastas contra quem é negado o direito de decidir sobre o seu próprio corpo. A decisão lista e minudencia dificuldades que a grávida enfrentará após o parto, pondera o problema e resta por concluir, pragmaticamente, que as consequências se estendem no campo psicológico, econômico, afetivo, familiar.

Roe v. Wade revela uma preocupação da Corte Suprema, e de Blackmun em particular, que transcende o texto frio das leis proibitivas do aborto e aponta, como dito, para uma solução prática, um consequencialismo responsável da decisão. De modo que é inevitável relacionar essa parte do voto com a doutrina de Richard Posner, especialmente sua obra de referência sobre o tema “pragmatismo, direito e democracia”. Para o professor de Direito da Universidade de Chicago “o pragmatismo jurídico é voltado para o futuro. O formalismo é retrospectivo, fundamentando a legitimidade de uma decisão judicial em ser dedutível de uma regra ou princípio previamente estabelecido” (POSNER, 2003, p. 71). O que se adequa bem ao caso *Roe v. Wade*, em que se descortina um “pragmatismo jurídico é voltado para o futuro”, para o futuro da mulher que não deseja, por razões várias, ter um filho.

Para satisfazer “o formalista”, no dizer de Posner, “a decisão deve ter pedigree”, o que se configura numa “abordagem que dá ao passado poder sobre o presente.” Em seguida ele explica que “o pragmatista valoriza a continuidade com atos e decisões passadas, mas porque tal continuidade é de fato um valor social, não porque ele tenha um senso de dever para com o passado” (POSNER, 2003, p. 71).

²⁴ Foram eles: *Jacobson v. Massachusetts*, 1905 (vacinação); *Buck v. Bell*, 1927 (esterilização).

A fraseologia posneriana as vezes é cruel, um simples exercício de retórica, mas também é - na maioria das vezes - irretocavelmente verdadeira e deliciosa de se ler e ouvir. Afirmar que para “satisfazer o formalista, a decisão deve ter pedigree”; é perfeito. E o complemento igualmente calibrado e irresponsável, quando afirma que essa abordagem (a do pedigree) “dá ao passado poder sobre o presente.” É evidente que nem sempre o passado tem ou deve ter “poder” sobre o presente, até porque o passado é importante e por isso que se tem uma interpretação histórica do direito, e ele próprio reconhece isso, contudo, a frase merece reflexão, especialmente para os originalistas, e a insistência, não raro descabida, da defesa do passado como único via interpretativa da Constituição, a exemplo de Antonin Scalia invocando Blackstone, ao dizer que o juiz e político inglês “deixou bem claro” a supremacia do originalismo, (SCALIA; GARNER, 2012, p. 404)²⁵ de modo que os “defensores da evolução do significado em textos legais não podem apontar nenhum comentarista contemporâneo que discordasse dele”.

O que é a “supremacia do originalismo”, ou o “governo do significado original” senão a exigência de “pedigree na decisão”, ou a tentativa de dar “ao passado poder sobre o presente”? De modo que a crítica de Posner ao originalismo é adequada, embora não se possa e não se deva descartar por completo a importância da história na tomada de decisão, como Scalia faz ao desconsiderar a doutrina da evolução constitucional. Sem lhe atribuir qualquer tipo de valor.

Ainda com Posner, com Blackmun e com o pragmatismo, há uma outra passagem no livro “Direito, Pragmatismo e Democracia”, que tem estreita relação com o caso *Roe v. Wade*. O autor do polêmico *Sex and Reason* (1992), observou que vem afirmando “que os juizes americanos tendem a ser pragmáticos” e pode-se inclusive “pensar que até *Roe v. Wade* é uma decisão pragmática”, provavelmente, segundo ele, “baseada na ponderação das consequências dos resultados alternativos.” Mas ele enxergava alguns defeitos na decisão, relativos à natalidade (dando a entender que a prejudicaria), “às práticas sexuais, sem falar nas consequências teológicas e outras morais do feticídio”. Ele reconhecia, porém que elas “talvez fossem especulativas demais para serem consideradas”. Posner não se demora muito em analisar *Roe* e conclui asseverando que “o pragmatismo da Corte era unilateral”, sinalizando discordância da decisão afirmou que “devemos ter cuidado ao usar “pragmático” como um elogio. Existem decisões pragmáticas ruins, assim como boas” (POSNER, 2003, p. 125).

A alegação de que o feto é uma “pessoa”, nos termos da Décima Quarta Emenda, não encontrou ressonância na Corte. Isso porque “a Constituição não define ‘pessoa’ com essa conotação. “A Décima Quarta Emenda

25 Nas palavras dele, “o significado original governava”.

contém três referências à ‘pessoa’ (EUA, 1973, p. 157). Que vão desde “definir ‘cidadãos’”, quanto “pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos”. A palavra também é contemplada “tanto na Cláusula do devido processo quanto na Cláusula de proteção igualitária,” bem como para listar qualificações para “Deputados, Senadores, Presidente da República”, entre outras. A Constituição, entretanto, só se refere a pessoa “após o nascimento”. “Nenhum indica, com certeza, que tenha alguma aplicação pré-natal possível” (EUA, 1973, p. 157). E por “tudo isso”, e com a “observação, supra, de que durante a maior parte do século XIX as práticas legais de aborto eram muito mais livres do que são hoje”, Blackmun se diz convencido de que a “palavra ‘pessoa’, conforme usada na Décima Quarta Emenda, não inclui o nascituro.” Esse entendimento estava “de acordo com os resultados alcançados nos poucos casos em que a questão foi apresentada de forma direta”, (EUA, 1973, p. 158) e nesse sentido ele lista várias decisões de tribunais inferiores que corroboravam o entendimento de que a Décima Quarta Emenda não incluía o nascituro.

Registrou, ainda, que “a gestante não pode ficar isolada em sua privacidade.” Por uma razão simples, “ela carrega um embrião e, posteriormente, um feto,” nos termos das “definições médicas (...) sobre o útero humano.” A essa altura do voto, Blackmun faz uma comparação com outros julgados da Suprema Corte relativos ao tema “direito à privacidade” e conclui que *Roe v. Wade* é fundamentalmente diferente de “intimidade conjugal, ou posse de material obsceno no quarto, ou casamento, ou procriação, ou educação”, situações enfrentadas, respectivamente em “Eisenstadt e Griswold, Stanley, Loving, Skinner e Pierce e Meyer” (EUA, 1973, p. 159)²⁶. Nesse contexto, afigurava-se “razoável e apropriado que um Estado decida que em algum momento outro interesse, o da saúde da mãe ou da potencial vida humana, se torna significativamente envolvido”.

Rechaçou o argumento do Estado do Texas que “a vida começa na concepção e está presente durante toda a gravidez e que, portanto, o Estado tem um interesse imperioso em proteger essa vida desde e após a concepção”. Afirmou que o tema é de difícil solução, e, num misto de pragmatismo e humildade, afirmou que não era “preciso resolver a difícil questão de quando a vida começa”. Reiterou que quando “aqueles treinados nas respectivas disciplinas de medicina, filosofia e teologia são incapazes de chegar a qualquer consenso, o judiciário, neste ponto do desenvolvimento do conhecimento do homem, não está em posição de especular sobre a resposta” (EUA, 1973, p. 159). Conclui asseverando que “os nascituros nunca foram reconhecidos na lei como pessoas em sentido amplo” (EUA, 1973, p. 162). Ou seja, atribuiu aos apelados mera retórica e especulação sobre o início da vida humana.

26 Esses casos encontram-se mencionados mais acima.

Reconheceu o interesse do Estado, que o definiu como “importante e legítimo”, para a “saúde da mãe”. E esse interesse tinha um “ponto ‘obrigatório’”, à luz do conhecimento médico atual”, situando-se “aproximadamente no final do primeiro trimestre.” E a conclusão sobre o trimestre residia em um “fato médico agora estabelecido, que até o final do primeiro trimestre a mortalidade no aborto pode ser menor do que a mortalidade no parto normal”. Aqui ele aponta explicitamente para o “razoável”, afirmando que “a partir desse ponto, um Estado pode regulamentar o procedimento de aborto na medida em que o regulamento se relacione razoavelmente com a preservação e proteção da saúde materna” (EUA, 1973, p. 163).

Assim, o Estado poderia regular aspectos relevantes ao procedimento do aborto, como local onde ele deveria ser feito, condições para fazê-lo, se em hospital ou em clínica, entre outros regramentos.

A essa altura Blackmun indica se sentir autorizado a bater o primeiro prego com ares de definitividade sobre a lei do Texas proibitiva do aborto. E (palavras dele) ao “medir” o “art. 1.196 do Código Penal do Texas” contra os “padrões” que ele acabara de expor, o texto legal se apresentava “muito amplo”. Em outras palavras, por sua amplitude, e considerando tudo aqui que a Corte analisara e havia registrado na decisão, o art. 1.196 ultrapassava o razoável e abalroava valores constitucionais, como o direito à privacidade da grávida.

Em continuidade a Corte disse com todas as letras que considerando que a lei “não faz distinção entre abortos realizados no início da gravidez e aqueles realizados posteriormente, e limita a um único motivo, ‘salvar’ a vida da mãe,” a lei não se sustentava de pé, e por tudo o que já havia sido dito ao longo do processo ela afirmava que o ato normativo não reunia condições de “sobreviver ao ataque constitucional” (EUA, 1973, p. 164, tradução nossa)²⁷ promovido pela apelante.

Ao final, ressaltou que o entendimento da Corte era pela inconstitucionalidade do art. 1196 e que isso significava que as leis que disciplinavam o aborto no Texas, “como uma unidade, devem cair.”

Como se vê a constitucionalidade do aborto foi reconhecida, prevalecendo a tese do trimestre, sobre a qual o juiz Blackmun teceu longas considerações de ordem histórica. A regra trimestral não é estática, admite exceções que dizem respeito à vida da grávida ou à sua saúde. Há quem mesmo concordando com o direito ao aborto e com o resultado do julgamento em *Roe*, critique a regra e afirme tratar-se de “uma fórmula trimestral bastante complicada” (BALKIN, 2007, p. 341). Há aparente exagero de Balkin ao dizê-la “complicada”. Ela foi o resultado possível, razoável, fincada no common law, na história constitucional e no pragmatismo em busca de uma

27 No original: *The statute, therefore, cannot survive the constitutional attack made upon it here.*

solução viável e conforme o texto constitucional. Ademais, por largo espaço de tempo, beneficiou milhões de mulheres, que puderam viver melhor, sem a obrigatoriedade de dar a luz e cuidar de uma criança indesejada.

1.3.5. *Roe v. Wade* tem fundamento em ampla base constitucional

Harry Blackmun produziu um voto que transita entre a reverência à história e a coragem de entender possível lidar simultaneamente com o originalismo e a construção constitucional, ou a constituição viva (*living constitution*), ainda que não tenha explicitamente usado essa terminologia tão em voga no direito constitucional contemporâneo dos Estados Unidos.

Jack Balkin parece ter sido o primeiro a desfraldar essa abordagem presente em *Roe v. Wade*, e ao defendê-la o faz com autoridade. Primeiro é autor da frase que dá título à presente seção, segundo e mais importante ele advoga que a “cláusula de devido processo legal”, como originalmente entendida, tinha algum conteúdo substantivo” (BALKIN, 2007, p. 311) e recuando à Magna Carta ele assinala tratar-se de “um termo de arte considerado aproximadamente sinônimo da ideia de “lei da terra”. Reconhece que para outros o direito ao aborto seria aquele estabelecido como direito à privacidade com fundamento na “cláusula de devido processo legal”, tal como a Suprema Corte decidiu em *Roe*. E mais, que “mesmo que o direito ao aborto não seja um direito adquirido protegido sob a Cláusula do devido processo” (BALKIN, 2007, p. 312), ele certamente tem base constitucional no sentido original da Constituição ou dos princípios subjacentes ao texto.

Aqui um breve cotejo entre as posições de Jack Balkin e de Blackmun. O juiz afirmou ser irrelevante que o direito à privacidade fosse fundamentado “no conceito de liberdade pessoal e restrições à ação do Estado da Décima Quarta Emenda”, ou “na reserva de direitos assegurada na Nona Emenda”. Não importava o enquadramento, as duas hipóteses se apresentavam “amplas o suficiente para abranger a decisão da mulher de interromper ou não a gravidez” (EUA, 1973, p. 153).

Em outras palavras, o direito ao aborto tem sim base constitucional e Balkin oferece caminhos hermenêuticos para encontrá-lo, afastando a crítica originalista à decisão da Corte. Sua doutrina encontra ancoradouro, pelo menos na passagem acima, no voto de Blackmun.

Referindo-se especificamente a *Roe v. Wade*, diz ser possível conciliar o originalismo com a doutrina da evolução constitucional, da “constituição viva”, como se costuma chamar nos Estados Unidos. A alegação “frequente” de que *Roe* e o direito ao aborto são “um símbolo controverso de uma ‘constituição viva’, que se afasta do texto e da história da Constituição”, transmudando-se, na visão de seus críticos, apenas em uma opção “política

exercida pelo Judiciário”, é, em verdade, “um falso retrato refletindo uma falsa dicotomia entre a fidelidade ao texto constitucional e uma Constituição viva”.

Balkin, em seguida, fornece uma justificativa bastante razoável para o que ele chama de “falso retrato” e de “falsa dicotomia” entre originalismo e interpretação evolutiva, assinalando que “a Constituição, e particularmente a Décima Quarta Emenda, foi escrita com o futuro em mente. Seus redatores escolheram deliberadamente uma linguagem ampla, abrangendo princípios amplos de liberdade e igualdade” (BALKIN, 2007, p. 352).

Ou seja, a constituição viva, a hermenêutica fundada em princípios constitucionais, não está divorciada da aderência ao texto, à história constitucional, ao originalismo, porque a Constituição e a Emenda que serviram de inspiração para a decisão em *Roe*, foram escritas pensando no amanhã, propositadamente abertas, de modo que abordagens que parecem ser antagônicas podem conviver, como a Corte Suprema demonstrou com a decisão de 22 de janeiro de 1973.

2. HABEAS CORPUS 124.306, ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Quase meio século depois da decisão da Suprema Corte estadunidense, liberando o aborto, com restrições que ela própria estabelecera, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), julgou um habeas corpus (BRASIL, 2016), cujo objeto principal era o direito ao aborto, estabelecendo importante parâmetro na jurisprudência brasileira, muito embora despido de efeito vinculante.

A decisão, ancorada em voto vista do ministro Luís Roberto Barroso (LRB), expandiu o direito ao aborto mediante construção que por sua engenhosidade somente seria possível de se concretizar pela coragem e respeitabilidade do julgador perante seus pares.

O habeas corpus 124.306 é oriundo de uma ação ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, com fundamento no art. 126 e 288 do Código Penal, contra profissionais de saúde e a própria gestante, em razão de aborto consentido. Em março de 2013 os impetrantes haviam sido presos em flagrante, obtendo em seguida liberdade provisória concedida pela Vara Criminal de Duque de Caxias (RJ), posteriormente cassada por decisão da 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. O Superior Tribunal de Justiça, por sua Sexta Turma, restabeleceu a prisão dos acusados, o que motivou a impetração de HC perante o Supremo Tribunal Federal.

A Primeira Turma do STF, sob a Relatoria do ministro Marco Aurélio, não conheceu do HC, entretanto, o órgão fracionário concedeu a liminar de ofício, determinando a revogação da ordem de prisão. E o fez sob a

inspiração e o magistério do ministro Luís Roberto Barroso, que produziu um voto digno de figurar entre os mais importantes de sua trajetória como magistrado e de certo modo do tema aborto na Suprema Corte.

O voto começa por entender ausentes os requisitos “que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal” (BRASIL, 2016)²⁸. Em seguida, e sem arrojados, o voto ataca a criminalização do aborto, dizendo ser necessário “conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre” (BRASIL, 2016).

Juiz atento e humanista convicto, a certa altura Barroso afirma que “a relevância e delicadeza da matéria justificam uma brevíssima incursão na teoria geral dos direitos fundamentais”, para em seguida arrematar que “a história da humanidade é a história da afirmação do indivíduo em face do poder político, do poder econômico e do poder religioso, sendo que este último procura conformar a moral social dominante” (BRASIL, 2016, p. 7). O ex-procurador do Estado do Rio de Janeiro afirma que “o produto deste embate milenar são os direitos fundamentais”, entendidos, no voto, “como os direitos humanos incorporados ao ordenamento constitucional” (BRASIL, 2016, p. 7).

Em sequência lembrou que após a Segunda Guerra Mundial “os direitos fundamentais passaram a ser tratados como uma emanção da dignidade humana,” como uma proposição do “imperativo categórico kantiano”, no sentido de que “toda pessoa deve ser tratada como um fim em si mesmo, e não um meio para satisfazer interesses de outrem ou interesses coletivos.” Conclui o raciocínio no sentido de que “dignidade significa, do ponto de vista subjetivo, que todo indivíduo tem valor intrínseco e autonomia” (BRASIL, 2016, p. 7).

Reconhece que “direitos fundamentais estão sujeitos a limites imanes e a restrições expressas” e que “a proporcionalidade, irmanada com a ideia de ponderação, não é capaz de oferecer, por si só, a solução material para o problema posto”, ou seja, a complexidade do aborto dificulta, senão impede, que esses princípios de uso corrente na jurisprudência brasileira ofereçam solução para o tema, reconhecendo, porém, que “uma e outra ajudam a estruturar a argumentação de uma maneira racional, permitindo a compreensão do itinerário lógico percorrido e, conseqüentemente, o controle intersubjetivo das decisões” (BRASIL, 2016, p. 8).

A essa altura o ministro Barroso passa, em suas próprias palavras, da “teoria à prática”, dizendo ser “dominante no mundo democrático e desenvolvido a percepção de que a criminalização da interrupção voluntária

28 Voto do Min. Luís Roberto Barroso.

da gestação atinge gravemente diversos direitos fundamentais das mulheres, com reflexos inevitáveis sobre a dignidade humana.” O “pressuposto do argumento” por ele esgrimido é que a mulher encontra-se diante de uma decisão trágica (abortar), e nessa circunstância “não precisa que o Estado torne a sua vida ainda pior, processando-a criminalmente” (BRASIL, 2016, p. 8)²⁹. Por coerência, sendo legítima a conduta da mulher, “não há sentido em se incriminar o profissional de saúde que a viabiliza”.

Sobre o status jurídico do “embrião durante a fase inicial de gestação” lembra que há duas posições visceralmente antagônicas, a que defende a existência de vida desde a concepção, desde “que o espermatozoide fecundou o óvulo, dando origem à multiplicação das células” e a outra que sustenta “que antes da formação do sistema nervoso central e da presença de rudimentos de consciência - o que geralmente se dá após o terceiro mês da gestação - não é possível ainda falar-se em vida em sentido pleno”.

Para essa controvérsia - completa Barroso - “não há solução jurídica”, que “dependerá sempre de uma escolha jurídica ou filosófica de cada um a respeito da vida”.

A observação acima, de todo verdadeira, dispara um gatilho para uma lista de direitos fundamentais violados pela criminalização do aborto, todos eles meticulosamente explicados pelo grande juiz brasileiro, numa sequência que alia objetividade, juridicidade e raro talento argumentativo, que juntos emolduram uma página marcante do direito brasileiro. Esses argumentos se estendem por sete páginas, com citações doutrinárias do direito estadunidense e alemão, entre outras, desaguando, em dado momento, no caso *Roe v Wade*, de onde ele extrai a citação que “o interesse do Estado na proteção da vida pré-natal não supera o direito fundamental da mulher realizar um aborto”.

“Em temas moralmente divisivos” - ressalta o ilustre juiz, já se aproximando da conclusão - “o papel adequado do Estado não é tomar partido e impor uma visão, mas permitir que as mulheres façam sua escolha de forma autônoma”, ou seja, o Estado não deve tomar uma posição que conduza à exclusão de outra. Ele “precisa estar do lado de quem deseja ter o filho”, bem como, em outro giro, se posicionar igualmente ao lado dos que não desejam. Esse raciocínio, tal qual uma sentença de Posner, conduz a uma conclusão sábia, simples e pragmática: “por ter o dever de estar dos dois lados, o Estado não pode escolher um”.

A segregação racial nos Estados Unidos, aquela que contava com o beneplácito do Estado (EUA, 1896), foi sepultada por decisão da Suprema Corte, em *Brown v. Board of Education*. A proibição do aborto foi tornada insubsistente, com reservas, no julgado *Roe v. Wade*. As limitações ao uso de anticoncepcional foram afastadas em *Griswold v. Connecticut* (EUA, 1965).

29 Voto do Min. Luís Roberto Barroso.

Por sua vez o aborto no Brasil experimentou um novo patamar, mais próximo da razoabilidade com a decisão no habeas corpus oriundo do Rio de Janeiro.

É um voto histórico, corajoso, plural, que rompe paradigmas, valoriza o sexo feminino, recoloca o direito fundamental à livre escolha de onde ele nunca deveria ter saído, da vontade soberana da mulher.

CONCLUSÃO

Sincretismo constitucional estadunidense

Embora Blackmun não tenha citado Felix Frankfurter, a construção do seu voto, a citação a Holmes e o resultado do caso *Roe v. Wade*, parecem convergir, no sentido da “experiência em oposição à especulação”. Há dois outros aspectos no voto de Blackmun que conversam com a doutrina de Oliver Holmes: o realismo jurídico e o recuo histórico na tentativa, bem sucedida, de demonstrar que o aborto, com as limitações temporais devidas, encontrava, além de amparo constitucional, também na Common Law, de modo que sua proibição pura e simples, sem exceções, não se apresentava razoável e não possuía raízes na história legal da Inglaterra ou da América pré e pós Declaração de Independência.

A decisão em *Roe v. Wade* é uma mistura que desagua na evolução histórica da *common law*, do direito estadual codificado, na autonomia da mulher e no direito à privacidade, que decorre das penumbras que emanam do *Bill of Rights*. Blackmun certamente não leu Barak³⁰, mas capturou tudo isso muito bem, o “contexto social e histórico” (BARAK, 2007, p. 161, tradução nossa) que influenciou o direito de então, no sentido de como as pessoas lidavam com o aborto e toleravam, dentro de certos parâmetros. “Uma norma jurídica é uma criatura de seu ambiente” (BARAK, 2007, p. 161, tradução nossa)³¹, e a interpretação anterior a *Roe v. Wade* parece que desconsiderava isso.

A linha histórica traçada sobre o aborto, por Harry Blackmun, em *Roe v. Wade*, pode até ser equivocada como afirmou **Samuel Alito, em Dobbs, mas ela a todas as luzes é honesta ao reconstruir o caminho** e demonstrar como o aborto era tratado na Inglaterra do século XIII, o seu desenvolvimento na *Common Law*, a “migração” para a América colonial e a partir daí a codificação que surgiria quando o século XIX dava seus últimos suspiros.

O texto do juiz Blackmun tem início, meio e fim. É coerente, não flerta com exageros, não alberga contradições e as conclusões são harmônicas com

30 Aharon Barak foi presidente da Suprema Corte de Israel de 1995 a 2006. É autor de um clássico, *Purposive Interpretation in law*.

31 No original: *We noted that a legal norm is a creature of its environment.*

o que foi narrado. Essa é uma das razões de o voto ter conquistado maioria na Suprema Corte de 1973 em um assunto tão polêmico quanto o aborto. Essa é uma das razões de ele ter se mantido de pé durante quase meio século.

A superação de *Roe v. Wade* por *Dobbs v. Jackson* diminui o brilho da primeira, isso não se pode negar. Para além de diminuir o brilho a alteração afeta direta e concretamente as mulheres, porque as envolve numa nuvem de incerteza, como se estivessem no período pré 1973. Mas ainda assim não desfaz a história de quase cinquenta anos, não apaga a relevância da decisão relatada pelo juiz Blackmun, não anula o benefício proporcionado a milhões de mulheres estadunidenses que puderam, durante “meio século”, ter controle sobre seu próprio corpo e serem (com algumas limitações de todo razoáveis) soberanas na decisão de manter ou não a gravidez.

Mais importante ainda, *Roe* continua servindo como inspiração à luta que se avizinha perene para manter o direito ao aborto nos Estados-membros em que a legislação permite; para reivindicar que legisladores estaduais repilam tentativa de implementar legislação restritiva ao direito um dia assegurado em *Roe v. Wade*, e finalmente, reverter *Dobbs*, na Suprema Corte, tarefa difícilíssima que depende de alteração legislativa ou da composição da Corte, ou, ainda, a implementação de uma lei federal inspirada em *Roe*, essa assim uma medida palpável, e que a Câmara dos Deputados conseguiu em 15 de julho de 2022 (menos de um mês após a decisão *Dobbs v. Jackson*), mas que não obteve êxito no Senado, em razão da maioria numericamente frágil dos Democratas, derrotados pelo bloqueio Republicano, conhecido como *filibuster*, polêmico recurso do processo legislativo na Câmara Alta dos Estados Unidos.

Roe v. Wade foi seriamente alvejado numa tarde de 24 de junho de 2022. Seis tiros certos, deflagrados pela ala conservadora da Corte que quarenta e nove anos antes o pariu. Ela foi partícipe da revolução cultural e social que entendeu constitucional o direito ao aborto. Ela foi partícipe da involução que o alvejou e sufocou. Ela, não o Legislativo ou o Executivo. Os tiros a deixaram quase que mortalmente ferida. *Roe v. Wade* respira com muita dificuldade e com a ajuda de aparelhos, mas continua a inspirar Estados e pessoas na grande nação ao norte do Rio Grande.

É a decisão que coroa um período particularmente ativo da Suprema Corte dos Estados Unidos, ou, no dizer de Jack Balkin, “a decisão canônica de uma era”, tal qual, a seu tempo, *Brown v. Board of Education*.

Roe v. Wade buscou fundamento histórico, flertou com o originalismo, ouviu a voz das ruas e usou o princípio constitucional (direito à privacidade) como âncora. É o exemplo perfeito e acabado do sincretismo constitucional estadunidense.

Compromisso social, personalidade corajosa e libertária

O observador atento consegue identificar no voto do ministro Barroso, no mínimo, três qualidades extraordinárias. A erudição, a objetividade e, acima de tudo, a coragem para romper com (*sic*) “verdades” centenárias, sedimentadas em achismo, superstições e dogmas religiosos. Coragem de decidir favoravelmente à grávida que optou em não prosseguir com a gravidez e de abarcar na decisão, por óbvio, os que a auxiliaram. Coragem por não temer as reações de diversos segmentos da sociedade, algumas imprevisíveis.

O “voto-vista” do ministro Barroso no HC 124.306 revela um juiz destemido e comprometido com seu tempo, não com o do século XIX. Descortina um magistrado que conhece *Marbury v. Madison* (1803), e por conseguinte o papel do Judiciário, sua atribuição de responder à inércia legislativa e as necessidades sociais que caminham mais rápido que o tempo infinito do legislador.

A decisão em favor da constitucionalidade do aborto, com restrições, por si só não define o juiz Luís Roberto Barroso, mas ajuda a entender seu compromisso social e sua personalidade corajosa e libertária.

REFERÊNCIAS

BALKIN, Jack M. Abortion and original meaning. *Constitutional Commentary*, Minnesota, v. 24, p. 291-351, 2007. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/concomm/432>. Acesso em: 29 set. 2023.

BARAK, Aharon. *Purposive interpretation in law*. Princeton: Princeton University Press, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Habeas Corpus 124.306*. Direito processual penal. Habeas Corpus. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. Inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de ofício. Relator: Min. Marco Aurélio, 9 de agosto de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2023.

ELY, John Hart. The wages of crying wolf: a comment on Roe v. Wade. *The Yale Law Journal*, v. 82, n. 5, p. 920-949, 1973.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 23 de junho de 2022. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/597/19-1392/>. Acesso em: 20 ago. 2023.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Roe v. Wade*, 22 de janeiro de 1973. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>. Acesso em: 20 ago. 2023.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Union Pacific R. Co. v. Botsford*, 25 de maio de 1891. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/141/250/>. Acesso em: 20 ago. 2023.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Stanley v. Georgia*, 7 de abril de 1969. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/394/557/>. Acesso em: 20 ago. 2023.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Terry v. Ohio*, 10 de junho de 1968. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/392/1/>. Acesso em: 20 ago. 2023.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Katz v. United States*, 18 de dezembro de 1967. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/>. Acesso em: 20 ago. 2023.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Boyd v. United States*, 1 de fevereiro de 1886. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/116/616/>. Acesso em: 20 ago. 2023.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Olmstead v. United States*, 4 de junho de 1928. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/277/438/>. Acesso em: 20 ago. 2023.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Griswold v. Connecticut*, 496. 7 de junho de 1956. 484-485. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/>. Acesso em: 20 ago. 2023.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Meyer v. Nebraska*, 3 de junho de 1923. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/262/390/>. Acesso em: 20 ago. 2023.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Palko v. Connecticut*, 5 de dezembro de 1937. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/302/319/>. Acesso em: 20 ago. 2023.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Lochner v. New York*, 16 de abril de 1905. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/>. Acesso em: 20 ago. 2023.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Loving v. Virginia*, 12 de junho de 1967. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/1/>. Acesso em: 20 ago. 2023.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Skinner v. Oklahoma*, 31 de maio de 1942. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/316/535/>. Acesso em: 20 ago. 2023.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Eisenstadt v. Baird*, 22 de março de 1972. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/438/>. Acesso em: 20 ago. 2023.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Prince v. Massachusetts*, 31 de Janeiro de 1944. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/321/158/>. Acesso em: 20 ago. 2023.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Pierce v. Society of Sisters*, 31 de maio de 1925. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/268/510/>. Acesso em: 20 ago. 2023.

FITZPATRICK, Brian T. *The conservative case for class actions*. Chicago: The University of Chicago Press, 2019.

FRANKFURTER, Felix. *The constitutional opinions of justice holmes*. Harvard Law Review, v. 29, n. 6, p. 683-702, 1916.

GORDON, Linda. *Woman's body, woman's right: birth control in America*. New York: Grossman Publishers, 1976.

HALL, Kermit L.; ELY JR., James W. *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2009.

IRONS, Peter. Jim Crow's Children. *The Broken Promise of the Brown Decision*. New York: Penguin Books, 2002.

JOHNSON, John W. *Griswold v. Connecticut: birth control and the constitutional right of privacy*. Lawrence: University Press of Kansas, 2005.

KARNI, Annie. A democratic bill to protect abortion access fails in the Senate, squelching a bid to act before Roe is overturned. *The New York Times*, 2022. Disponível em: <https://www.nytimes.com/live/2022/05/11/us/>

abortion-roe-v-wade-senate-vote#abortion-bill-blocked-senate. Acesso em: 12 maio 2022.

LEPORE, Jill. *These truths: a history of the United States of America*. New York: Norton, 2019.

McMILLEN, Sally G. *Seneca Falls and the origins of the Women's Rights Movement*. New York: Oxford University Press, 2008.

NASAW, David. *The patriarch: the remarkable life and turbulent times of Joseph P. Kennedy*. New York: Penguin, 2012.

NATIONAL SECURITY STUDY MEMORANDUM - NSSM 200. *Implications of worldwide population growth for U.S. security and overseas interests: the Kissinger report*. United States, 1974. Disponível em: https://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PCAAB500.pdf. Acesso em 05 fev. 2022.

POSNER, Richard A. *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

REAGAN, Leslie J. *When abortion was a crime: women, medicine, and law in the United States, 1867-1973*. Oakland: University of California Press, 2022.

SCALIA, Antonin; GARNER, Bryan A. *Reading law: the interpretation of legal texts*. Saint Paul: Thomson West, 2012.

SMITH, Mitch; GLUECK, Katie. Kansas votes to preserve abortion rights protections in its constitution. *The New York Times*, agosto 2022. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2022/08/02/us/kansas-abortion-rights-vote.html#:~:text=on%20the%20Ballot-,Kansas%20Votes%20to%20Preserve%20Abortion%20Rights%20Protections%20in%20Its%20Constitution,legislators%20to%20enact%20abortion%20restrictions.&text=OVERLAND%20PARK%2C%20Kan.,-%E2%80%94%20Kansas%20voters%20resoundingly>. Acesso em: 02 set. 2022.

STONE, Geoffrey R. *Sex and the constitution: sex, religion, and law from America's origins to the twenty-first century*. New York: Liveright Publishing Corporation, 2017.

VOLKOMER, Walter E. *Introduction to law: a casebook*. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1994.

WANG, Amy B; SCOTT, Eugene. House passes bills to codify abortion rights and ensure access. *The Washington Post*, julho, n. 15, 2022. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/politics/2022/07/15/house-abortion-roe-v-wade/>. Acesso em: jul. 22.

WAWRO, Gregory J.; SCHICKLER, Eric. *Filibuster: obstruction and lawmaking in the U.S. Senate*. Princeton: Princeton University Press, 2006.

WERBEL, Amy. *Lust on trial: censorship and the rise of american obscenity in the age of Anthony Comstock*. New York: Columbia University Press, 2018.

WOOLF, Virginia. *To the lighthouse*. Garden City: Dover Publications, 2022.

Recebido em: 11/09/2023

Aprovado em: 26/10/2023

DOSSIÊ

QUAL É O PAPEL DO ACADÊMICO DE DIREITO JUNTO ÀS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS? REFLEXÕES A PARTIR DA CARREIRA DE LUÍS ROBERTO BARROSO

WHAT IS THE ROLE OF LEGAL SCHOLARS IN PUBLIC DECISION-MAKING? SOME THOUGHTS BASED ON LUÍS ROBERTO BARROSO'S CAREER

José Vicente Santos de Mendonça¹

André Tosta²

SUMÁRIO: Introdução. 1. O ciclo de *feedbacks* entre academia e instituições públicas no Direito Público brasileiro. 2. Influência acadêmica e advocacia. 3. Influência acadêmica e cargos públicos. 4. Desafios contemporâneos ao papel do acadêmico de Direito. Conclusão. Referências.

1 Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UERJ. Mestre e doutor em Direito Público (UERJ). *Master of Laws* (Harvard). Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

2 Doutorando em Direito Público pela UERJ. Advogado

RESUMO: O artigo se propõe a refletir sobre o papel do acadêmico de Direito Público na tomada de decisão a partir da carreira de Luís Roberto Barroso e da influência de sua produção sobre os rumos das instituições no Brasil. Em primeiro lugar, abordaremos o ciclo entre academia de Direito Público e instituições estatais e justificaremos porque a relação merece atenção. Por um lado, obras acadêmicas podem beneficiar práticas estatais; por outro, são as práticas estatais que selecionam quais obras acadêmicas serão influentes. Em segundo, argumentaremos que esse ciclo pode ser positivo, viabilizando a atualização de uma pela outra, ou vicioso, levando à captura das categorias acadêmicas por interesses não acadêmicos. Ao fim do artigo, refletiremos sobre os desafios contemporâneos ao papel do acadêmico de Direito que quer ser influente junto à prática institucional, atentando para as novas demandas que emergiram desde o período em que se iniciou a carreira de Barroso.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Instituições Públicas. Academia Jurídica, Advocacia. Decisão.

ABSTRACT: The paper aims to study legal scholars' influence upon judicial and administrative decision-making by reflecting on Luís Roberto Barroso career both as a private and public attorney and, later, as a Supreme Court justice. We will argue that the relationship between legal scholarship and public institutions is dialectical and, in a best-case scenario, mutually beneficial. We will provide examples of that scenario by illustrating how Barroso's academic works were incorporated into Brazilian constitutional discourse. We will also focus on the worst-case scenario, that happens when relationship between legal scholarship and public and private practice corrodes academic autonomy. We will also consider the current landscape of legal scholarship in Brazil in order to suggest possible routes for scholars to be up for the task of assisting public officials in their decision-making.

KEYWORDS: Law. Public Institutions. Legal Academy. Legal Profession, Public Decision-Making.

INTRODUÇÃO

A pergunta que o artigo se propõe a abordar é: como a produção acadêmica de Direito Público pode influenciar o comportamento dos agentes estatais responsáveis pela decisão de casos?³ Para respondê-la, usaremos as fases da carreira de Luís Roberto Barroso como referencial para identificar formas pelas quais a influência é possível e como ela se dá.

Luís Roberto Barroso é, atualmente, Ministro do Supremo Tribunal Federal. Antes, foi procurador do Estado do Rio de Janeiro e advogado. Mas o rótulo que se estendeu por toda sua carreira, acumulando-se com as demais funções, foi o de *acadêmico* de Direito Constitucional. Esperamos extrair lições sobre o papel e a influência de acadêmicos de Direito Público⁴ a partir da análise dos diferentes canais institucionais pelos quais a produção de Barroso foi reproduzida.

A obra de Luís Roberto Barroso é exemplar de atuação acadêmica influente na prática, ilustrando o potencial do papel do acadêmico de Direito na introjeção de conceitos e teorias junto aos tomadores de decisões.

O trajeto ilustra diferentes facetas da influência que obras jurídicas podem assumir na vida pública: como advogado, ele levou suas teorias à apreciação das cortes; como magistrado, aplicou os juízos que firmou a partir de seu *corpus* teórico. Antes de aprofundar cada uma dessas facetas, o próximo item tecerá comentários gerais sobre a relação de *feedback* entre a academia e a prática das instituições públicas.

Ao final, o artigo concluirá tratando dos desafios colocados diante de acadêmicos que desejem influenciar positivamente o espaço público. Para tanto, apontará diferenças entre o contexto em que a carreira acadêmica de Barroso começou e o atual, derivando delas possíveis rotas para a academia de Direito Público.

1. O CICLO DE *FEEDBACKS* ENTRE ACADEMIA E INSTITUIÇÕES PÚBLICAS NO DIREITO PÚBLICO BRASILEIRO

Estamos interessados em uma repercussão específica das atividades acadêmicas: a incorporação de seus conceitos e teorias por instituições públicas. Não supomos que se trata de seu propósito único ou exclusivo. Há obras que não pretendem influenciar qualquer decisão, como, digamos,

3 Pergunta similar, focada no Judiciário, foi analisada a partir da análise do direito comparado por Neil Duxbury (DUXBURY, 2001). Fábio Shecaira, por sua vez, respondeu a pergunta similar a partir da filosofia do Direito, questionando-se se a academia seria uma fonte de direito positivo (SHECAIRA, 2013).

4 O termo é utilizado para se referir aos docentes, discentes e pesquisadores de faculdades e pós-graduações de Direito e de pós-graduações que produzem obras especializadas no Direito do Estado, notadamente de Direito Administrativo e de Direito Constitucional.

um texto de filosofia jurídica que analise a influência de Kant na teoria da norma de Kelsen. E mesmo obras dogmáticas, em muitos casos, podem não assumir diretamente o propósito de influenciar tomadores de decisão. É plausível supor que o autor de livro sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada responda que apenas busca identificar a natureza jurídica do instituto; se houver alguma influência judicial, tanto melhor, mas não é o que se objetiva. Seja como for, a dinâmica da influência da literatura especializada sobre decisões é digna de atenção.

Utilizamos conceitos jurídicos para construir e avaliar práticas de agentes do Estado. Tais categorias fornecem legitimidade a atos que alteram os comportamentos dos agentes, alçando a produção acadêmica de Direito à posição privilegiada de alterar padrões sociais⁵. Um juiz ou administrador que adota um conceito acadêmico como fundamento para uma sentença ou decisão, seja porque um advogado lhes submeteu a tese, seja porque o próprio agente é acadêmico, confere-lhe *dentes* coercitivos, habilitando que a teoria afete a prática.

A produção acadêmica tende a ser refúgio para a análise de problemas sem respostas imediatas. Mesmo quando não citada de modo expresso, a literatura oferece substrato para decisões difíceis: juízes, conselheiros do TCU, consultores legislativos (e seus assessores) pesquisam artigos acadêmicos relativos às suas decisões (DUXBURY, 2001; SHECAIRA, 2013). Onde há questões jurídicas controversas, há margens para influxos acadêmicos; mesmo nos casos em que não são citadas nas decisões, tais categorias oferecem molduras (conceitos, categorias, distinções) aptas a enquadrar os problemas.

Ao ser adotado como fundamento decisório, um conceito formulado originalmente em uma obra de Direito Constitucional e/ou apresentado em petições e pareceres se torna um *fato institucional* e passa a ser incorporado no repositório jurídico formal, sendo aplicável para regular práticas sociais (MACCORMICK, 1997).

No Judiciário, a relação entre academia e prática institucional é mais óbvia. Como sugere a pesquisa de Direito comparado realizada por Neil Duxbury, a relação entre decisões judiciais e obras de Direito é comum; em muitos países, a produção acadêmica serve como fonte do direito positivo (DUXBURY, 2001). Luís Roberto Barroso é exemplo: muitas de suas teorias acadêmicas foram citadas em decisões judiciais quando ainda era advogado. A despeito de ainda não ser ministro do STF, suas obras se acumularam junto a outros elementos, como precedentes e legislação, na fundamentação de atos jurídicos concretos.

5 Não se trata de exclusividade da academia jurídica. Uma teoria produzida por um economista, por exemplo, pode ser adotada por agentes do Banco Central. Mas o ponto é que a definição das “verdades” jurídicas de Direito Público tem efeito especialmente amplo nas práticas sociais, por serem impregnadas em toda espécie de ato do Estado. No exemplo do Banco Central, juristas debatem a própria competência do Banco Central e das demais instituições do Estado brasileiro.

A relação se torna ainda mais evidente quando há sobreposição de funções universitárias com funções decisórias. É comum que os próprios agentes estatais sejam juristas, ocupando cargos de prestígio em faculdades de Direito (DUXBURY, 2001). Luís Roberto, por exemplo, era procurador do Estado do Rio de Janeiro e, depois, tornou-se ministro do STF. Nessas funções, pôde aplicar suas teorias, estabelecendo canal entre produção acadêmica e decisões públicas. Por exemplo: em 2010, Barroso escreveu, em parceria com a professora Letícia Martel, o artigo “A Morte Como Ela É: Dignidade e Autonomia Individual no Final da Vida” (BARROSO; MARTEL, 2010). Em 2019, no STF, o *Ministro* Barroso replicou aspectos relevantes da reflexão teórica apresentada no artigo em sua decisão no Ag.Reg. MI 6.825⁶.

O que, então, produz relação tão íntima entre academia de Direito Público e prática estatal? Por que há tantos casos de decisões dos três poderes que citam ou se baseiam em categorias sugeridas em obras de acadêmicos de Direito?

Há motivos que derivam da própria estrutura do Estado. A ideia de Estado Democrático de Direito demanda que decisões públicas possuam lastro jurídico; a amplitude dos domínios do Direito Público abrange todos os atos coercitivos do Estado, desde sua legitimação à sua limitação. O Direito é uma das principais ferramentas por meio das quais o Estado adequa comportamentos de agentes a seus propósitos. Se instituições públicas e advogados utilizam-se profissionalmente da ferramenta, os acadêmicos vão ser, então, os *especialistas* que analisam como ela funciona e sugerem respostas para auxiliar seu uso.

Outras características da academia jurídica reforçam a influência. Como no caso de Barroso, acadêmicos muitas vezes ocupam *também* outras profissões; são advogados, procuradores, juízes. Estão, por isso, em posição ideal para aplicar teorias em suas práticas (SHECAIRA, 2013). Vale destacar, no entanto, que mesmo acadêmicos que exerçam seu ofício em dedicação exclusiva também podem influenciar decisões. Além de interagir com advogados, juízes etc. – e, sobretudo, com advogados e juízes que também poderão ser acadêmicos: pensemos num professor DE que é orientador de um juiz federal que, por sua vez, também é professor universitário –, eles podem influir por canais mais orgânicos. Assim, um advogado pode fazer pesquisas acadêmicas de modo a subsidiar sua petição; um juiz ou ministro do TCU pode usar trechos de uma tese de doutorado com vistas a julgar um caso.

6 Apesar de ter negado o pedido com base no argumento de que o paciente não era terminal, Luís Roberto Barroso esclareceu, em linha similar ao que defendeu no artigo, que nos casos em que os pacientes são, de fato, terminais, o direito constitucional à dignidade protegeria seu direito à eutanásia.

Um último motivo possui raízes bem particulares ao Brasil. Referimo-nos ao que muitas vezes é chamado, por sociólogos, de “bacharelismo”, e que se refere às faculdades de Direito como *hubs* de elites políticas (VENÂNCIO FILHO, 2011; ADORNO, 2021). A academia jurídica formou muitos dos tomadores de decisões (cargos eleitos e indicações), o que, com o tempo, aumentou o prestígio de seus professores nas arenas estatais e naturalizou - ainda mais - o uso de categorias jurídicas no discurso político.

Bacharéis de Direito foram influentes na formação do Estado brasileiro desde suas origens, e mesmo antes de haver faculdade de Direito nacional. Enquanto o Brasil ainda era Império, era comum que os ocupantes de cargos relevantes no Estado fossem formados em faculdades de Direito estrangeiras, como em Portugal e na França.

A relação se aprofundou mesmo após a independência, sobretudo em função da criação das faculdades de Direito (as primeiras foram inauguradas em 1827, em São Paulo e Olinda). Segundo sugerem autores que tratam do bacharelismo, essas faculdades teriam sido concebidas principalmente para suprir a demanda crescente, antes era atendida apenas pelas faculdades estrangeiras, de formação de uma elite intelectual de agentes técnicos e políticos (ADORNO, 2021).

A academia jurídica brasileira, então, moldou-se a partir da premissa de que juristas devem desempenhar papéis especiais na configuração do Estado. O papel se sedimentou na sensibilidade jurídica e nos hábitos políticos brasileiros, que usam argumentos jurídicos em praticamente todas as práticas estatais. A configuração dá ares dramáticos à influência de acadêmicos de Direito. Para bem e para o mal, a presença política da academia jurídica é um dado histórico da realidade brasileira; ainda que se considere isso um problema, acadêmicos de Direito têm protagonismo na missão de aprimorar as práticas estatais.

Mas não se trata de via de mão-única. Se, por um lado, a academia de Direito Público influencia a prática pública, por outro, a academia costuma ter como material de estudo diversos atos das instituições públicas: leis, sentenças, atos administrativos. A capacidade de a produção acadêmica de Direito Público influenciar comportamentos depende, também e em boa parte, de sua adaptação aos problemas submetidos ao Estado.

Assim, uma tese que estude a regulação do saneamento básico no Rio de Janeiro deve refletir as mudanças geradas pela privatização da CEDAE. Caso contrário, perderá parte de sua atração como ferramenta de auxílio na tomada de decisão. A repercussão de obras acadêmicas nas práticas do Estado é resultado de sua habilidade em gerar respostas úteis.

Em sua melhor forma, a relação entre obras acadêmicas e práticas institucionais configura um ciclo de *feedbacks* positivos no qual acadêmicos

produzem obras aptas a subsidiar práticas institucionais e práticas institucionais oferecem substratos com base nos quais acadêmicos orientarão pesquisas.

Luís Roberto Barroso é, mais uma vez, bom exemplo do que acabamos de afirmar. Quando sua carreira acadêmica se iniciou, o cenário político era de recém-fundação do regime constitucional de 1988. A comunidade jurídica carecia de teorias, conceitos e metodologias jurídicas compatíveis com o novo texto constitucional. Luís Roberto foi um dos autores a preencher a lacuna, construindo, sistematizando e adaptando teorias constitucionais aptas a fazer funcionar o arranjo brasileiro.

Observe-se que sua teoria da interpretação constitucional possui o objetivo declarado de estruturar arcabouço teórico por meio do qual seria possível dar efetividade ao texto constitucional de 1988 (LYNCH; MENDONÇA, 2017). Barroso identificou a ausência de categorias teóricas para manejar a nova Constituição, e trouxe criativamente categorias originadas nos Estados Unidos e na Alemanha para o nosso contexto. Para articular tais categorias, escolheu o Poder Judiciário, justificando a escolha na sua capacidade de interpretar racionalmente as respostas do ordenamento constitucional – argumento que ele chamou de “razão sem voto” (BARROSO, 2015).

Tais teorias (representadas por termos como “eficácia horizontal”, “colisão de princípios”, “razoabilidade” e “ponderação”) foram úteis tanto na academia, tornando-se “ciência normal”⁷ no Direito Constitucional, quanto nas práticas públicas. O sucesso acadêmico deu base e reforçou o processo nas práticas de advogados e juízes, naturalizando-se, afinal, no comportamento judicial.

Se obras acadêmicas afetam decisões institucionais, a mudança nas práticas do Estado também demanda transformações constantes na academia, selecionando obras adaptadas às suas circunstâncias, e filtrando as não adaptadas. Talvez por isso, o foco da carreira acadêmica de Barroso também se transformou, passando a englobar temas menos ínsitos à filosofia constitucional e mais próximos aos problemas que teve que enfrentar no STF, como o patrimonialismo e a corrupção (BARROSO, 2022).

Os itens que seguem focarão em duas facetas da influência acadêmica sobre a prática estatal: de fora para dentro, pela submissão de teorias ao crivo institucional por argumentos jurídicos; e de dentro para fora, pela adoção de teorias acadêmicas por tomadores de decisão. Em cada caso, após detalhar cada faceta e seu melhor cenário, detalharemos seus obstáculos.

⁷ O termo se refere às premissas que compõem o “bom senso” de um campo do conhecimento. A inspiração para seu uso é na obra de Thomas Kuhn (KUHN, 1996).

2. INFLUÊNCIA ACADÊMICA E ADVOCACIA

A advocacia é um laboratório de testes para o grau de influência de teorias acadêmicas. Teses acadêmicas fazem parte do instrumental de advogados públicos e privados. Além disso, muitos advogados são ou trabalham com pós-graduandos ou professores de Direito. Outros fazem pesquisas em livros clássicos e, em casos mais sofisticados, em artigos ou monografias especializadas. Há, ainda, os incentivos econômicos, percebidos ou reais, que adviriam de títulos acadêmicos. Por outro, a carreira de professor universitário não costuma dar, na média, retorno financeiro equiparável à advocacia; há, então, estímulos a que acadêmicos de Direito não abdicuem da prática advocatícia.

É possível, ainda, que acadêmicos exerçam influências similares às que exercem advogados atuando como *amicus curiae*, no Judiciário, e em consultas públicas do Legislativo ou do Executivo. Em todo caso, a prática advocatícia pode ser vetor das categorias acadêmicas, levando-as à apreciação de agentes estatais (KALES; THAYER, 1912).

Luís Roberto Barroso atuou como advogado em casos notórios para o Direito Público, submetendo suas teorias às arenas institucionais de forma indireta. Exemplos bem sucedidos são os debates sobre a constitucionalidade do aborto de feto anencéfalo e do casamento homoafetivo. A argumentação em cima de casos construiu um canal para a institucionalização de suas razões acadêmicas em temas como “dignidade humana” e “igualdade”. Aliás, ao influenciar uma decisão *erga omnes*, a teoria acadêmica influenciou não só a prática dos ministros, mas, também e especialmente, o comportamento de médicos, assistentes sociais, policiais etc.

As virtudes da interlocução entre advocacia e academia operam, também aqui, em mão-dupla. A advocacia pode permitir que a academia influencie as práticas estatais em relação aos temas que estuda. Acadêmicos podem fornecer a advogados atualização do repositório de argumentos, e, junto a isso, alguma credibilidade (KALES; THAYER, 1912).

Para além da argumentação judicial, advogados interagem com a prática estatal de formas variadas: atuam como árbitros em arbitragens que envolvem a Administração Pública, auxiliam na construção de manifestações de atores privados em consultas públicas, participam na negociação de contratos públicos com entidades estatais. Em todos esses ofícios, advogado com *inputs* acadêmicos poderão usar as ferramentas da academia para atender a seus objetivos, submetendo a gramática acadêmica ao *output* institucional.

Por exemplo: um advogado pode se utilizar de teorias acadêmicas sobre a “imprevisão” ou sobre o “fato do príncipe” para negociar uma posição mais favorável para seu cliente, uma concessionária, em uma renegociação. Um consultor jurídico que atue com agentes regulados pode se utilizar

de categorias acadêmicas, como a “universalização dos serviços” para fundamentar o pleito de seu cliente por registro perante agência reguladora. Nesses casos, também estamos diante de influência positiva da produção acadêmica sob a advocacia e a internalização de suas categorias nas práticas estatais.

O ciclo, no entanto, nem sempre é virtuoso. No pior cenário, ocorreria o que podemos chamar de “advocatização” da academia. Ter-se-ia a captura epistêmica da produção científica por interesses profissionais ou corporativos das profissões “primárias” dos acadêmicos⁸. Daí se teria a substituição da lógica científica, que deveria informar a academia, pela lógica retórica, que informa a advocacia; e a conversão de obras acadêmicas em petições, ou, mais frequentemente, em pareceres.

A academia de Direito Público e a academia jurídica são próximas. Como crítica a tal intimidade, alguns argumentam que as faculdades de Direito são “tecnicistas”; que sua proliferação decorreria de demandas por mais advogados, após a consolidação do regime de 1988, movimento que teria levado à sobrecarga do mercado e à piora na qualidade do ensino; e, por fim, que o estado da arte da academia jurídica não haveria conseguido acompanhar o das ciências sociais em termos de profissionalização e de metodologia (NOBRE, 2009).

Sem entrar nos méritos das críticas, o fato é que elas ilustram o pior cenário da relação entre academia jurídica e advocacia. A confusão entre práticas acadêmicas e advocatícias tende a ser prejudicial à qualidade do ensino e ao papel subsidiário da academia nas práticas estatais, levando à canibalização da técnica pela retórica.

3. INFLUÊNCIA ACADÊMICA E CARGOS PÚBLICOS

Teorias jurídicas produzidas na academia podem fundamentar decisões de forma direta, seja porque o decisor é um acadêmico, seja porque teve acesso às teorias pesquisando por contra própria ou em interações com pares ou assessores. Como mencionado, nem sempre esse tipo de influência envolve citações que explicitam a fonte, mas é corriqueiro que, mesmo sem citação, agentes públicos recorram à produção acadêmica para a compreensão de detalhes do tema.

Luís Roberto Barroso fornece dois exemplos de sobreposições entre academia e prática institucional: a perspectiva do procurador do Estado do Rio de Janeiro e a do Ministro do Supremo Tribunal Federal.

⁸ A captura no sentido contrário, ou seja, a promoção de interesses acadêmicos por meio da advocacia, não parece problemática. Em todo caso, seu prejuízo seria aos clientes dos advogados, defendidos a partir de argumentos logicamente mais consistentes, mas menos eficazes sob o ponto de vista da retórica e da estratégia processual (EDWARDS, 1992).

Procuradores do Estado não são, em regra, tomadores de decisões públicas. Mas exercem funções importantes para a tomada de decisão. Prolatam pareceres que fundamentam decisões da Administração, e, claro, tomam algumas decisões processuais nos casos em que representam o Estado.

Luís Roberto soube aproveitar as potencialidades de sua posição como Procurador do Estado para aplicar suas reflexões acadêmicas. Ganham destaque, aqui, seus pareceres. Um dele tratou das recorrentes recusas de transfusão de sangue para os *Testemunhas de Jeová* no Hospital Universitário Pedro Ernesto, no Rio de Janeiro. O parecer fez uso de obras do próprio Barroso e de outros autores, fundamentando a constitucionalidade da recusa (BARROSO, 2010)⁹.

A nova atribuição como ministro reconfigurou os horizontes de seu papel como acadêmico. Certamente esses horizontes passaram a incluir limites mais restritivos – de tempo; sem falar naqueles ínsitos à posição de juiz (imparcialidade, neutralidade). Mas, por outro lado, propiciaram maior capacidade de aplicação de suas teorias a casos concretos.

Os laços entre a academia e os tomadores de decisões jurídicos são, até certo ponto, naturais. Vimos acima que, sobretudo no Judiciário, mas também em outros órgãos, a influência de obras acadêmicas é comum. Não é só no Brasil que juízes e assessores recorrem à academia para fundamentar decisões. Em muitos casos, aliás, como no de Barroso, os próprios ocupantes desses cargos são acadêmicos.

Em sua melhor versão, a aproximação entre academia e instituições públicas viabiliza a oxigenação das decisões com categorias mais refletidas (SAMUEL, 2022). Há pesquisa sugerindo que o background acadêmico dos ministros de cortes constitucionais latino-americanas está relacionado à qualidade de suas decisões (BASABE-SERRANO, 2019).

Na pior, reduz a relevância das fontes formais, inclusive em prol de teorias possivelmente exóticas - obras acadêmicas de Direito não estão limitadas por mecanismos de legitimação e de verificação rígidos, como estão as fontes formais. Além disso, cria incentivos perversos a que acadêmicos se esforcem para serem citados em decisões e para obterem os benefícios não acadêmicos que a influência proporcionaria¹⁰.

4. DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS AO PAPEL DO ACADÊMICO DE DIREITO

Como acadêmicos de Direito Público devem buscar se tornar influentes junto às instituições de Estado?

9 A íntegra do parecer, intitulado “Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais está disponível na internet.

10 Para lidar com esse último problema, no Reino Unido há uma diferença costumeira se o autor citado está vivo ou morto. Citar autores mortos seria mais adequado à luz da imparcialidade; citar autores vivos poderia fomentar conflitos de interesse (DUXBURY, 2001).

Os horizontes dos acadêmicos do Direito Público não são os mesmos das décadas passadas. A relação entre Direito e práticas estatais passou por diversas crises - de saúde, política, econômica -, cujos efeitos perduram. Emergem, ainda, crises ambientais e climáticas. Cabe à comunidade de juristas a tarefa de atualizar as categorias jurídicas de modo a que sejam aptas a processar demandas cada vez mais diversas complexas.

Tomemos, mais uma vez, a carreira de Luís Roberto Barroso como exemplo. O cenário político atual é distinto do momento em que sua carreira começou. Se, à época, razões de filosofia e de teoria constitucional eram ferramentas adequadas para convencer audiências estatais a incorporar teses acadêmicas em suas decisões, hoje parece haver certa desilusão com argumentos conceituais.

É possível enquadrar o processo como resultado do ciclo entre academia e prática. Os conceitos e métodos interpretativos propostos por Barroso na fase inicial de sua carreira se naturalizaram, compondo o repositório de agentes públicos (notadamente de juízes), e, ao mesmo tempo, *permitindo outras discussões*.

Assim, i) as categorias filosóficas e conceituais se consolidaram na prática judicial como “ciência normal”, a ponto, aliás, de seus excessos serem criticados por diferentes tradições; e ii) passou-se a reconhecer os limites do Judiciário como intérprete constitucional, levando à busca de novos atores e estratégias de implementação.

A emergência de protagonistas não judiciais e a percepção de limites na interpretação constitucional, contudo, não implicam o abandono da importância Judiciário, que, agora, passa a ser analisado a partir de processos metajurídicos, como bem o demonstram os debates sobre transmissão dos julgamentos, perfil dos ministros, colegialidade das decisões etc.

Obras acadêmicas podem renovar as explicações sobre como as normas jurídicas se convertem em comportamentos sociais. A partir daí, torna-se possível cogitar instrumentos regulatórios adaptados aos problemas que visam resolver - exemplo recente é a regulação comportamental (QUIRINO, 2018). Podem, ainda, aprofundar a compreensão sobre o comportamento dos próprios agentes estatais, subsidiando as reformas que se façam necessárias para adequar seus hábitos às finalidades republicanas do ordenamento – exemplo são as críticas às decisões monocráticas no STF e as alterações em seu regimento que vêm limitando seu escopo (GODOY, 2020).

Uma nova empreitada depende de novas ferramentas. Se, no início do regime de 1988, o uso de ferramentas de filosofia moral para debater questões jurídicas provocava transformações no Direito, hoje se trata de prática estabelecida. Como em todo processo de atualização da dogmática de um campo jurídico, as novas configurações geram a necessidade de cogitar novas formas de enquadrar velhos problemas. A forma mais comum para

inovar tende a ser o recurso à interdisciplinaridade. Acadêmicos de Direito Público já recorreram à economia (POSNER, 2014) à literatura (SEATON, 1999), passando, ainda, pela sociologia (TAMANAH, 2022) e pela teoria crítica (HUNT, 1986).

No caso de Luís Roberto Barroso, a demanda por interdisciplinaridade foi preenchida, em certo ponto de sua carreira, por influxos de teoria política e filosofia moral europeia e americana, como as presentes nas obras de Kant, Robert Alexy, John Rawls e Ronald Dworkin (BARROSO, 1996). A correlação entre a aplicação de normas constitucionais e as categorias investigadas nesse tipo de filosofia - autonomia, dignidade, razão pública, liberdade, igualdade - atualmente parece óbvia, mas nem sempre foi o caso.

Hoje, as frequentações interdisciplinares mais recorrentes parecem ser aquelas entre o Direito e as ciências políticas, organizacionais e econômicas. Nesses campos, há metodologias com o objetivo específico de compreender o comportamento das instituições estatais, de seus agentes e dos indivíduos e grupos sociais por elas implicados. Por meio delas, acadêmicos de Direito Público podem oferecer diagnósticos sobre como as categorias jurídicas afetam as práticas estatais e como essas práticas afetam o comportamento dos agentes sociais. Em algumas decisões dos últimos anos, o ministro Barroso vem indicando uma progressiva incorporação de tais perspectivas.

Observe-se, ainda, que os influxos interdisciplinares tornam cada vez mais usual o recurso a ferramentas de pesquisa empírica, por meio das quais se produzem resultados aptos a embasar teses jurídicas. Tais argumentos, que demandam algum grau de sofisticação, podem se tornar mais comuns em ambientes decisórios que valorizam dados como fundamentação. Para que isso seja possível, seria necessário que o ciclo de *feedbacks* entre as três perspectivas que vimos nos itens anteriores funcione adequadamente. Explique-se.

Suponha-se que, como previmos, com o passar do tempo, juízes se tornem menos sensíveis a argumentos filosóficos, e mais sensíveis a argumentos baseados em dados. Os advogados tenderiam a refletir a preferência, utilizando argumentos mais adaptados às novas demandas da profissão. As teorias acadêmicas que se utilizam de dados, por sua vez, tornar-se-iam mais influentes, pois mais adaptadas às demandas do contexto.

Mas, é claro, pesquisas empíricas também podem fundamentar excessos interpretativos e disfunções sistêmicas. Não se deve confundir o que é cabível no momento com o nirvana acadêmico. Trata-se sempre de fases consecutivas do ciclo de *feedbacks* mencionado no item 2: novas soluções acadêmicas geram novos problemas institucionais, que demandam novas soluções acadêmicas, que geram novos problemas. Ainda que o melhor cenário ocorra, e as pesquisas acadêmicas influenciem positivamente a resolução dos problemas do momento, as soluções darão origem a novos

pontos cegos; novos problemas, por sua vez dignos de novas investigações acadêmicas.

Por mais que hoje haja certo lugar comum nas críticas a métodos propostos por Barroso nas décadas de 1990 e 2000, como a ponderação de princípios e as colisões de direitos fundamentais, não devemos subestimar sua relevância na construção de nosso Direito Público pós-1988.

Enfim: como já disse Luís Roberto Barroso, “o pior naufrágio é não navegar”. Por mais que não sejamos capazes de prever o destino da travessia, o ofício do acadêmico envolve navegar os mares turvos do desconhecido e se aventurar em novas terras para buscar matérias-primas aptas a reconstruir o navio após as tempestades.

CONCLUSÃO

O artigo teve como objetivo identificar diferentes rotas por meio das quais a academia influencia a prática de agentes públicos e vice-versa. Utilizamos como referência as diferentes variáveis que contribuíram para a influência de Luís Roberto Barroso, como acadêmico, e como prático público e privado.

A carreira de Luís Roberto Barroso é ampla o suficiente para evidenciar as virtudes da sinergia entre produção acadêmica e prática institucional. Sua produção acadêmica informou sua atuação como procurador, como advogado privado e como Ministro do Supremo. Como procurador, produziu pareceres para informar a atuação da Administração do Estado do Rio de Janeiro; como advogado, submeteu teses jurídicas ao crivo do Judiciário e de outros tomadores de decisão. Quando se tornou Ministro, fundamentou decisões constitucionais.

A partir da análise retrospectiva de sua carreira, cogitamos desafios prospectivos para autores dispostos a seguir os passos de Luís Roberto Barroso na produção de obras acadêmicas nas arenas institucionais de Direito Público. Se a missão é contínua à das gerações anteriores, os desafios e as ferramentas disponíveis aos acadêmicos do presente são distintos.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. *Os Aprendizagens do Poder: o Bacharelismo Liberal na Política Brasileira*. São Paulo: EDUSP, 2021

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia. A Morte como ela é: Dignidade e Autonomia Individual no Final da Vida. *Revista da EMERJ*, v. 13, nº 50, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paul: Saraiva, 1996.

_____. Parecer: *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de jeová*: Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais, 2010. disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2023

_____. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, n. especial, p. 23-50, 2015.

_____. Os donos do poder: a perturbadora atualidade de Raymundo Faoro. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. v. 12, n. 3, 2022.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2022.

CLÉVE, Clemerson Marlin. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. *Rev. Investig. Const.* v. 2, nº 3, 2015.

BASABE-SERRANO, Santiago. The Judges' Academic Background as Determinant of the Quality of Judicial Decisions in Latin American Supreme Courts. *The Justice System Journal*, vol. 40, no. 2, 2019

DOS SANTOS, Rodrigo Valgas. Direito Administrativo do Medo, 2ª ed., São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2022

DUXBURY, Neil. *Jurists and Judges: an essay on influence*. Oxford: Bloomburst, 2001

EDWARDS, Harry T. The Growing Disjunction between Legal Education and the Legal Profession. *Michigan Law Review*, vol. 91, no. 1, 1992

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Das Arcadas ao Bacharelismo (edição 150 anos)*. São Paulo: Perspectiva. 2011

GODOY, Miguel Gualano de. O Supremo contra o processo constitucional: decisões monocráticas, transação da constitucionalidade e o silêncio do Plenário. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, 2021, p. 1034-1069

HUNT, Alan. The theory of critical legal studies. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 6, nº 1, 1986.

KALES, Albert M.; THAYER, Ezra Ripley. Should the Law Teacher Practice Law?. *Harvard Law Review*, vol. 25, no. 3, 1912

José Vicente Santos de Mendonça
André Tosta

KUHN, Thomas S.. *The Structure of Scientific Revolutions*, 3a ed. Chicago: University of Chicago Press, 1996

LYNCH, Christian Edward Cyril; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, Vol. 08, N. 2, 2017

MACCORMICK, Neil. *Institutions of Law: an essay in legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 1997

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, v. 9, nº 100, 2010.

NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em Direito no Brasil. *Cadernos Direito GV*. 2009, Disponível em https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2779/Pesquisa_Direito_Cadernos_Direito_GV.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 28 ago. 2023

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*, 9a ed., Aspen: Aspen Publishing, 2014

QUIRINO, Carina de Castro. Irracionalidade do agente público e teoria da escolha pública comportamental: notas sobre um elefante na sala. *Revista Quaestio Iuris*, v. 11, n. 2, p. 965-986, 2018

SAMUEL, Geoffrey. What is the Role of a legal academic? a Response to Lord Burrows. *Amicus Curiae, Series 2*, Vol 3, No 2, 2022

SEATON, James. Law and Literature: Works, Criticism, and Theory. *Yale Journal of Law & the Humanities*. v. 11, p. 479-508, 1999

SHECAIRA, Fábio. *Legal Scholarship as a source of Law*. Nova Iorque: Springer, 2013

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*, São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari; NEVES, Camila Castro. A nova LINDB e os movimentos de reforma do direito administrativo. *Revista Brasileira de Estudos Políticos* nº 126, 2023.

TAMANAH, Brian. *Sociological Approaches to Theories of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2022.

Recebido em: 30/08/2023
Aprovado em: 06/11/2023

DOSSIÊ

PARÂMETROS PARA O DEVER DE TRANSPARÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

PARAMETERS FOR THE PUBLIC ADMINISTRATION'S DUTY OF TRANSPARENCY

Patricia Ferreira Baptista¹

Leonardo Silveira Antoun Netto²

SUMÁRIO: Introdução 1. A Constituição Federal de 1988 e o projeto normativo em prol de uma administração pública mais transparente. 2. O papel da jurisprudência na evolução e concretização do princípio constitucional da publicidade. 3. O princípio da publicidade, o devido processo legal administrativo e o constitucionalismo digital. Conclusão. Referências.

1 Professora Associada de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UERJ. Doutora em Direito do Estado pela USP. Procuradora do Estado do Rio de Janeiro.

2 Mestre em Direito Público pela UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

RESUMO: O artigo discorre sobre o dever constitucional de transparência da Administração Pública e busca a identificação de parâmetros para a sua concretização. Com esses propósitos, destaca a interconexão entre o princípio da publicidade e a garantia do devido processo legal administrativo, na medida em que os processos se apresentam como instrumentos em favor da publicidade dos atos públicos. Preocupa-se em apontar os novos desafios para a publicidade administrativa em função da digitalização administrativa. E, em especial, ressalta o papel que a jurisprudência vem exercendo, particularmente os julgados do Supremo Tribunal Federal, na construção de vetores e limites para forçar a transparência em administrações públicas muitas vezes resistentes. No contexto, revisita o julgamento, finalizado em fevereiro de 2022, da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.371, em que, à luz do princípio da publicidade e da garantia ao devido processo legal, a Corte, seguindo voto do Min. Luís Roberto Barroso, declarou a inconstitucionalidade da imposição de sigilo em processos sancionadores instaurados por agências reguladoras federais, ressaltando ser a publicidade a regra, e o sigilo exceção.

PALAVRAS-CHAVE: Transparência Administrativa. Princípio da Publicidade. Devido Processo Legal Administrativo. Direito Administrativo, Direito Constitucional. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: The article discusses the constitutional duty of transparency of the Public Administration and seeks to identify parameters for its implementation. It highlights the interconnection between the publicity principle and the due process clause, insofar as the processes are instruments in favor of the publicity of public acts. The text points out new challenges for administrative transparency due to administrative digitization. And, in particular, it emphasizes the role that jurisprudence has been playing, particularly the judgments of the Federal Supreme Court, in the construction of vectors and limits for the duty of transparency on public administrations. In this context, revisits the judgment of the Direct Action of Unconstitutionality n. 5,371, in which, in light of the publicity principle and the guarantee of due process of law, the Court, following the vote of Justice Luis Roberto Barroso, declared the unconstitutionality of the imposition of secrecy in sanctioning procedures.

KEYWORDS: Administrative Transparency. Publicity Principle, Administrative Due Legal Process. Administrative Law. Constitutional Law. Federal Supreme Court.

INTRODUÇÃO

Em 2009, uma das primeiras políticas públicas anunciadas pela então nova Administração Barack Obama se comprometia a combater a *cultura de segredo* em Washington, por meio da promoção da transparência nos negócios públicos, com a abertura de informações e a divulgação de dados, usando a internet e a tecnologia, no que se chamou então de *Open Government Initiative* (BAPTISTA, 2018, p.238).

Muito embora o Brasil tenha instituído, no âmbito federal, em 2011, um Plano Nacional sobre *Governo Aberto* e tenha avançado em iniciativas legais em favor de maior acesso à informação e à publicidade na Administração Pública, a *cultura do segredo* permanece sendo a tônica não só em Brasília, como na Administração Pública nos mais diversos níveis da Federação. É possível citar diversos exemplos recentes, oriundos de governos de matizes políticos distintos, tendo como ponto comum o abuso nas classificações de sigilo de documentos públicos e a pouca disposição ao escrutínio público (NOVA, 2022; GASPAS; MOURA, 2022).

Sem a luz do dia, contudo, a democracia não resiste. É preciso dar a conhecer não só para se saber, mas para poder se controlar. A publicidade administrativa tem, de fato, essas duas vertentes: o direito de conhecer, de ter acesso à informação, para, assim, poder controlar a Administração. A publicidade é condição para o controle. Se não houver acesso, conhecimento da ação pública, a possibilidade de seu controle fica severamente prejudicada. São duas faces da mesma moeda.

Ainda na mesma toada, a transparência aparece, na feliz expressão de Fabrício Motta (2018) como um conteúdo complementar à publicidade: o que exige, segundo o autor, a *qualidade da informação* divulgada. Diríamos, portanto, na mesma direção, que a transparência é a publicidade aprofundada: para ser transparente, a Administração precisa ser clara e acessível. Não basta que a informação esteja disponível se ela não for inteligível, se não for apreensível e compreensível pelo seu destinatário. Nesse sentido, a transparência exige mais que a simples disponibilidade da informação, demanda que a Administração se preocupe com a sua clareza e intelegibilidade. E, logo, que tenha em conta os cidadãos a quem se destina.

Publicidade e transparência, portanto, embora com frequência sejam tomadas como sinônimos, confluem, mas não inteiramente, na medida em que a segunda exige algo a mais da Administração. A transparência é a publicidade qualificada.

A realidade brasileira, porém, ainda é de realização incipiente do dever de publicidade e, em menor grau ainda, do de transparência, o que se prova pelo expressivo número de conflitos acerca do tema submetidos ao

juízo dos Tribunais³. Então, para simplificar e para os fins específicos deste estudo, os conceitos de publicidade e transparência serão empregados sem maior distinção de modo a se extrair de ambos o conteúdo completo do *dever de acesso à informação completa, clara e acessível*, que é o sentido em que publicidade e transparência serão empregados indistintamente neste texto.

Em resumo, o presente estudo pretende investigar o desenvolvimento da aplicação do princípio da publicidade à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Na literatura, destaca-se, com frequência, que a Constituição Federal de 1988 e o processo de redemocratização levaram ao aprimoramento dos parâmetros de transparência da gestão pública. O trabalho busca, portanto, partindo da pesquisa de decisões da Suprema Corte do país e com o amparo da literatura produzida sobre o tema, apontar problemas na efetivação do princípio e analisar o papel efetivo da jurisprudência no acidentado processo de concretização da publicidade administrativa. Ao final, propõe-se, com base na compreensão do STF, a indicar parâmetros que auxiliem nessa concretização.

1. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O PROJETO NORMATIVO EM PROL DE UMA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MAIS TRANSPARENTE

A Constituição Federal de 1988 promoveu, ao menos no plano normativo, inédito salto qualitativo na estruturação da Administração Pública no país, com a “construção do novo direito público na constituinte”⁴. Notadamente no capítulo VII de seu título III (*Da organização do Estado*), foi concentrada a maioria das disposições destinadas ao regramento da Administração Pública, que tinha como claros compromissos a institucionalização e a democratização do país⁵. Lançaram-se em seu texto as bases do projeto de uma Administração Pública em favor da maior racionalidade burocrática⁶. Nesse sentido, dois avanços relevantes em favor de uma Administração Pública democrática: de um lado, a explicitação multifacetada do princípio

3 Em pesquisa pela expressão “princípio da publicidade” no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, verifica-se ao menos 152 acórdãos e 1.121 decisões monocráticas que referem ao tema, a denotar a quantidade de processos judiciais em curso a respeito.

4 A expressão é do professor Carlos Ari Sundfeld, no capítulo 03 (“Ordem dos Publicistas”) de sua clássica obra “Direito Administrativo para céticos” (SUNDFELD, 2014, p.103).

5 Em trabalho anterior, destacou-se que: “O progresso da Carta de 1988 no sentido da institucionalização e da democratização da Administração Pública foi notável. O grande mérito do constituinte foi destacar a Administração Pública do Governo, reconhecendo a autonomia da função e da estrutura administrativas” (BAPTISTA, 2018, p.58).

6 “A comunidade política conduz, comanda, supervisiona os negócios, como negócios privados seus, na origem, como negócios públicos depois, em linhas que se demarcam gradualmente, O súdito, a sociedade, se compreendem no âmbito de um aparelhamento a explorar, a manipular, a tosquiar-nos casos extremos, Dessa realidade se projeta, em florescimento natural; a forma de poder, institucionalizada num tipo de domínio: o patrimonialismo, cuja legitimidade assenta no. tradicionalismo - assim é porque sempre foi.” (FAORO, 2012, p.819)

da publicidade; de outro, a garantia também expressa do direito ao devido processo legal administrativo.

Por um lado, o constituinte de 1988 assegurou a então inovadora garantia do devido processo legal administrativo, em seu art. 5º, inc. LIV⁷. A partir dali, em especial desde o final da década de 1990, sucederam-se normas infraconstitucionais, dos mais diversos entes federativos, que buscavam estabelecer leis gerais de processo administrativo. A opção brasileira, como destaca a doutrina especializada, foi por um “*modelo normativo relativamente minimalista*”⁸, com amplo espaço de conformação pelas administrações públicas e pelos órgãos de controle, conforme se depreende da edição da Lei federal n.º 9.784/99, da Lei do Estado de São Paulo n.º 10.177/98 e, alguns anos mais tarde, da Lei do Estado do Rio de Janeiro n.º 5.427/09.

Por outro lado, no que se refere ao princípio da publicidade⁹, para além do multicitado *caput* do art. 37, encontram-se outros comandos normativos constitucionais que pretendem dar-lhe efetividade. Os arts. 5º, inc. XXXIII; 37, § 3º, inc. II; e 216, § 2º da Constituição Federal de 1988 asseguram aos cidadãos o amplo acesso às informações de natureza pública e aos dados governamentais, criando o dever correlato das administrações públicas de seu pronto fornecimento. A sua regulamentação no plano infraconstitucional se deu com a promulgação da Lei Federal n.º 12.527/11, norma geral aplicável a todos os entes federativos do país (art. 1º). Logo em seu art. 3º, a Lei de Acesso à Informação garante a “observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção” (inc. I) e o “fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública” (inc. IV). Nesse contexto, desde 1988, ao menos no plano normativo, há um esforço de combate – ainda que tardiamente – à “cultura do segredo”¹⁰, prática cotidiana nas administrações públicas brasileiras.

A garantia do devido processo legal administrativo e o princípio da publicidade funcionaram, ao longo dos anos, como preceitos constitucionais

7 O professor Sérgio Ferraz destaca a sua decisiva participação na redação final do dispositivo constitucional: “Eu sugeri acrescentar ‘no processo judicial e administrativo’. A referência à aplicação dessas garantias ao processo administrativo é absolutamente inédita, e de pouca registrabilidade nas constituições modernas.” (CARVALHO, 2017, p.315).

8 “Ademais, as leis gerais brasileiras de processo administrativo optaram por um modelo normativo relativamente minimalista, abdicando da pretensão de fazer um esforço de catalogação e distinção dos tipos processuais, deixando, assim, espaço para que as regras mais concretas fossem sendo construídas por legislação ou regulamentação específicas, ou mesmo pela jurisprudência constitucional (...) é uma tentativa de fazer funcionar, em uma mesma máquina, engrenagens que muitos analistas podem ver como difíceis de ajustar bem umas às outras: leis gerais de processo administrativo com pretensões unificadoras que deixam largo espaço para leis processuais setoriais, tudo isso convivendo com uma crescente produção jurisprudencial sobre processo administrativo, com status constitucional.” (SUNDFELD, 2014, p.294).

9 Para o desenvolvimento mais aprofundado do conteúdo do princípio, cf. BAPTISTA; ANTOUN, 2020, p.61-82.

10 “O segredo, invisível, reinante na Administração, mostra-se contrário ao caráter democrático do Estado. A publicidade ampla contribui para garantir direitos dos administrados; em nível mais geral, assegura condições de legalidade objetiva porque atribui à população o direito de conhecer o modo como a Administração atua e toma decisões; “abate o muro secreto da cidadela administrativa”, possibilitando o controle permanente sobre suas atividades (...), com a publicidade como regra, tem-se “o diálogo em lugar do mutismo, a transparência em lugar da opacidade”, e suscita-se a confiança do administrado na Administração (MEDAUAR, 2017, p. 235).

em relação de constante retroalimentação. Nesse sentido, a Lei Federal n.º 12.527/11, no art. 5º, dispõe ser “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”. Por outro lado, a Lei Federal n.º 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo federal, aponta como um de seus objetivos a “divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição” (art. 2º, parágrafo único, inc. V)¹¹. Previsões semelhantes são encontradas na legislação específica sobre processo administrativo dos demais entes da federação. É dizer que, simultaneamente, o princípio da publicidade fortalece o processo administrativo e é por ele fortalecido.

Desde o advento da Constituição Federal de 1988, portanto, observa-se incremental e lento fenômeno de consolidação normativa da garantia a um processo administrativo público e transparente. Não obstante, passados trinta e cinco anos de sua vigência, a opacidade da Administração Pública nas diversas esferas da Federação reflete contingência que persiste. Mais recentemente, já diante do fenômeno do constitucionalismo digital do século XXI, divisam-se os riscos de uma interpretação superlativa da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei federal n.º 13.709/18) e os potenciais “curtos-circuitos administrativos” (ARRUDA, 2023) decorrentes de sua relação com a Lei de Acesso à Informação (Lei federal n.º 12.527/11) em prejuízo da transparência administrativa.

Existentes sólidos marcos constitucionais e legislativos disciplinando o dever de transparência da Administração Pública. A despeito disso, não tem sido fácil implementá-lo. Com muita frequência tem sido necessário exigir o seu respeito por meio da atuação dos órgãos de controle, mais frequentemente do Poder Judiciário.

2. O PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA NA CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PUBLICIDADE

Conforme introduzido no tópico antecedente, a Constituição Federal de 1988 tem sido importante elemento normativo catalisador, nas últimas décadas, do esforço – ainda que gradativo¹² – para a progressiva ampliação da efetividade do princípio da publicidade no processo administrativo. No plano jurídico, multiplicam-se litígios em torno da identificação do

11 No ponto, merece destaque em rodapé a legislação do Estado do Rio de Janeiro, que, ao lado do princípio da publicidade, inclui também, de forma explícita, o princípio da transparência (Lei Estadual n.º 5.427/09, art. 2º).

12 Em entrevista ao jornalista Luiz Maklouf Carvalho, o deputado constituinte Jorge Hage destacou a “garantia do amplo acesso à informação, tornando o sigilo a exceção” como um dos grandes pontos em que a Constituição Federal de 1988 contribuiu para o combate à corrupção. Porém, reconheceu o acidentado processo de sua efetiva concretização, com o advento da Lei de Acesso à Informação em 2011 e dos portais de transparência do governo (CARVALHO, 2017, p.378).

espaço legítimo do sigilo e da confidencialidade face aos interesses públicos envolvidos em cada caso concreto. Nesse contexto, a jurisprudência dos tribunais vem se tornando importante vetor hermenêutico na aplicação do princípio da publicidade na Administração Pública. O tema, inclusive, já foi objeto de decisões do Supremo Tribunal Federal que, em maior ou menor medida, asseguram efetividade ao comando constitucional.

A constitucionalização do direito administrativo – como de resto, de grande parte das questões políticas, econômicas e sociais sensíveis ao país –, somada à ampliação de legitimados ativos à propositura de ações de controle concentrado, alçou à Suprema Corte brasileira muitos litígios de matéria administrativa (BARROSO, 2018, p. 54).

Passando em revista a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, merece especial atenção o julgamento, por sua Primeira Turma, do Mandado de Segurança nº. 33.340/DF (BRASIL, 2015), em que o conflito entre o princípio da publicidade e o espaço legítimo de sigilo foi enfrentado de forma mais direta. No caso, o Banco Nacional de Desenvolvimento – BNDES e o BNDES Participações S.A. – BNDESPAR questionavam acórdão proferido pelo Tribunal de Contas da União que determinou envio de informações alusivas a operações financeiras com determinada empresa investigada. A empresa estatal, que atua em regime concorrencial, alegava que a conduta do órgão de controle afrontaria o sigilo bancário, que é da essência de sua atividade.

Do conteúdo do julgado se extrai que, para a maioria dos ministros, os impetrantes seriam bancos de fomento econômico e social, e não instituições financeiras privadas comuns. Assim, “quem contrata com o poder público não pode ter segredos, especialmente se a revelação for necessária para o controle da legitimidade do emprego dos recursos públicos”. O voto do Ministro Relator Luiz Fux registra que:

O primado do ordenamento constitucional democrático assentado no Estado de Direito pressupõe uma transparente responsabilidade do Estado e, em especial, do Governo. (...) O sigilo de informações necessárias para a preservação da intimidade é relativizado quando se está diante do interesse da sociedade de se conhecer o destino dos recursos públicos. (BRASIL, 2015).

Nesse julgamento, ocorrido ainda no ano de 2015, embora divergindo parcialmente de seus pares, quanto à extensão da documentação que deveria ser tornada pública – compreendia que as informações sobre rating de crédito e estratégia de *hedge* estariam protegidas pelo sigilo bancário e exigiriam autorização judicial específica –, o Ministro Luís Roberto Barroso defendeu a ideia de que seria imposta à Administração Pública, inclusive indireta, o dever constitucional do “*máximo de transparência razoável*”:

Eu devo dizer, Presidente, que tenho algumas dúvidas nessa matéria, não dúvidas teóricas, ou quanto aos princípios aplicáveis, esses, para ser franco, eu os tenho bem arrumados na minha mente, que são: o BNDES não pode ser como nenhuma entidade controlada pelo Estado, pode ser uma caixa-preta, portanto, aplica-se ao BNDES a ideia de transparência, ideia célebre mencionada pelo Ministro Brandeis da Suprema Corte Americana, de que “a luz do sol é o melhor detergente.” Portanto, essa é a minha primeira ideia, quer dizer, a tutela legítima do interesse público exige o máximo de transparência razoável no BNDES. Minha segunda convicção teórica e principiológica é que o sigilo bancário e o sigilo empresarial, também, têm proteção constitucional e proteção legal, porque a tutela é legítima do interesse privado, assim o exige. Eu considero, no entanto, que o interesse público no controle do destino dos recursos públicos prevalece sobre o interesse privado na manutenção do sigilo como regra geral, embora, nesses casos, a ordem jurídica tenha criado uma cláusula de segurança, que é a exigência de reserva jurisdicional. Portanto, a minha dúvida aqui não é acerca da legitimidade do interesse do TCU em obter as informações necessárias; a minha dúvida aqui é quais são exatamente as informações necessárias e se elas estão ou não protegidas por sigilo bancário a ponto de exigir intervenção judicial. De modo que a questão da caixa-preta eu resolvo dizendo: ela não existe, e todas as informações que, razoavelmente, o TCU possa desejar devem ser franqueadas ao TCU. A minha única questão, que considero relevante, é saber quais dessas informações deveriam depender de autorização judicial. (BRASIL. 2015)

Sintetizando os argumentos do voto, que se destaca por seu didatismo, extrai-se que: (i) o princípio da publicidade tem como dimensão mais imediata a regra da transparência dos dados e informações públicas, sendo o sigilo exceção; (ii) a tarefa do intérprete é a identificação, caso a caso, do espaço legítimo de restrição a este princípio face aos demais princípios constitucionais em conflito; (iii) sob forte escrutínio do princípio da proporcionalidade deve prevalecer a interpretação restritiva das hipóteses excepcionais de sigilo, previstas na Constituição Federal de 1988 e na legislação correlata.

Seguindo no tema, o Ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento do Mandado de Segurança n.º 28.178/DF, referendado por todos os seus pares, concedeu a ordem para que o Senado Federal atendesse a pedido de acesso aos comprovantes apresentados por seus membros para percepção de verba indenizatória, no período de setembro a dezembro de 2008 (BRASIL. 2015). Igualmente, no julgamento de Agravo Regimental em Agravo em Recurso Extraordinário em Representação de Inconstitucionalidade n.º 939.551, manteve o entendimento exarado pelo Tribunal de Justiça local para

assentar que os valores recebidos como remuneração pelo Prefeito têm que ser indicados, em lei, pelo valor da moeda nacional em espécie, de modo a atribuir-lhe maior clareza e incentivar o controle social (BRASIL..2017).

Os precedentes citados ilustram o papel ativo exercido pela Suprema Corte em favor da transparência administrativa. Como ensinava Norberto Bobbio, “a democracia é o governo do poder público em público” (BOBBIO, 1992, p. 73); e, no mesmo sentido, “a república democrática exige que o poder seja visível” (BOBBIO, 1999, p. 28-30). Assim, a publicidade deve efetivamente ser a regra, e o processo administrativo, o meio pelo qual se dará a sua concretização. A Lei Federal n.º 12.527/11, na qualidade de norma geral, buscou especificar os conceitos jurídicos indeterminados utilizados pela Constituição Federal de 1988, atribuindo forma mais afinada às excepcionais hipóteses de sigilo. Em linha de coerência com essas ideias, é possível identificar, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, um padrão de interpretações restritivas do sigilo e da confidencialidade na Administração Pública, a partir do critério jurídico acima descrito do “máximo de transparência razoável”.

Mais recentemente, em 2022, foi julgado outro caso da Relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso na linha da maior transparência dos processos administrativos (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5371, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 02.03.2022, DJe 31.03.2022). A questão dizia respeito à constitucionalidade da norma contida no art. 78-B da Lei federal n.º 10.233/2001, incluída pela Medida Provisória n.º 2.217-3/01, que estabelecia sigilo em processos administrativos sancionadores instaurados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ. A Procuradoria-Geral da República impetrou Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.371 em face deste dispositivo legal, que diferia no tempo a incidência do princípio da publicidade, de modo que os processos administrativos em questão permaneciam em sigilo “até decisão final”.

Em suas informações, tanto o Poder Executivo quanto o Congresso Nacional defenderam a constitucionalidade da norma, supostamente fruto de uma ponderação legislativa que não aniquilava totalmente o princípio da publicidade, apenas o compatibilizando com os demais valores envolvidos. Além disso, a Advocacia-Geral da União fundamentou a validade da norma no princípio constitucional da presunção de inocência das concessionárias e no interesse coletivo na preservação do serviço público prestado. O Ministro Relator, em seu voto, acompanhado por todos os demais integrantes da Suprema Corte, enunciou as seguintes premissas sobre o tema, coincidentes com aquelas apresentadas anos antes no julgamento do Mandado de Segurança n.º. 33.340/DF:

Em síntese, as conclusões a que se chega até aqui são as seguintes: (i) a regra no regime democrático instaurado pela Constituição de 1988 é a publicidade dos atos estatais, sendo o sigilo absolutamente excepcional; (ii) a Constituição afasta a publicidade em apenas duas hipóteses: informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança do Estado e da sociedade (art.5º, XXXIII, parte final); e proteção à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (arts. 5º, X e 37, § 3, II, CF/1988); (iii) essas exceções constitucionais, regulamentadas pelo legislador especialmente na Lei de Acesso à Informação, devem ser interpretadas restritivamente, sob forte escrutínio do princípio da proporcionalidade; (iv) esta Corte deve se manter vigilante na defesa da publicidade estatal, pois retrocessos à transparência pública têm sido recorrentes. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5371, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 02.03.2022, DJe 31.03.2022)

Naquela ocasião, alertou o Ministro em seu voto que a extensão em abstrato, por meio de leis ou atos normativos infralegais federais, das hipóteses de sigilo deve ser excepcional. Em outras palavras, a aplicação do princípio da publicidade não deveria prescindir da análise dos elementos fáticos existentes casuisticamente, sendo, em regra, indevida sua restrição de forma geral e abstrata pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo. É dizer, portanto, que sua incidência nas administrações públicas tem uma dimensão casuística e deverá observar rigoroso escrutínio por meio da técnica da ponderação entre os valores constitucionais envolvidos.

Foi afastada, ainda, a alegação da Advocacia-Geral da União de eventual ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência, destacando que nem mesmo os processos criminais e disciplinares adotam o sigilo como regra. Por fim, também se assentou no voto, acompanhado pelos demais Ministros do Supremo Tribunal Federal, que “o argumento da AGU no sentido de que o pleno acesso ao conteúdo dos processos prejudicaria o serviço prestado pela empresa investigada é meramente especulativo, não encontrando corroboração nos fatos”. Enfim, foi fixada a seguinte tese ao final do julgamento:

Os processos administrativos sancionadores instaurados por agências reguladoras contra concessionárias de serviço público devem obedecer ao princípio da publicidade durante toda a sua tramitação, ressalvados eventuais atos que se enquadrem nas hipóteses de sigilo previstas em lei e na Constituição. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5371, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 02.03.2022, DJe 31.03.2022)

Nessa oportunidade, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade do art. 78-B da Lei federal n.º 10.233/2001, com pequenas ressalvas do voto do Ministro Gilmar Mendes. Com isso, a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ passaram a não mais poder se furtrar à aplicação ampla do princípio da publicidade em seus processos administrativos sancionadores. Para além do resultado do julgamento e da própria reafirmação das premissas teóricas que parametrizam a compreensão da Corte acerca do princípio da publicidade, a leitura atenta do voto do Relator permite inferir outros elementos de grande relevância para os limites deste trabalho.

O exame desse julgado destaca uma atuação mais intensa do Supremo Tribunal Federal no controle judicial externo, como, em especial, no combate à opacidade persistente das administrações públicas brasileiras, que, ao contrário do que se poderia esperar, está se perpetuando no meio digital. De fato, embora fosse intuitivo imaginar que processos administrativos eletrônicos catalisariam o princípio da publicidade, a prática vem demonstrando cenário diverso. Têm sido adotadas interpretações que privilegiam a restrição de acesso ao seu conteúdo embasadas na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei federal n.º 13.709/18), cujo reflexo, na forma como têm sido operacionalizadas, é a restrição do alcance do princípio da publicidade na Administração Pública digital¹³. Observe-se o excerto do voto em que o Ministro Luís Roberto Barroso externa esta preocupação:

A normatividade constitucional e legal largamente favorável à publicidade estatal não tem obstado medidas governamentais tendentes a impedir o acesso da sociedade civil aos atos e contratos administrativos. Note-se que a conjuntura atual, de informatização da Administração Pública e de trabalho em regime remoto, deveria favorecer justamente o contrário, ou seja, a ampliação dos mecanismos de publicidade administrativa, com o incremento dos sites de transparência pública e a digitalização de processos administrativos, permitindo-se que qualquer cidadão acesse os dados estatais em tempo real. (BRASIL. Supremo Tribunal

13 Por exemplo, consta da Cartilha do Usuário do SEI (<https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/sei/comunicados/arquivos-noticias/cartilha-do-usuario-do-sei>) a necessidade de classificação como de “acesso restrito” a qualquer documento integrante do processo que contenha informações consideradas de caráter pessoal. No entanto, parece-nos que foi adotada uma interpretação bastante extensiva do que seriam informações de caráter pessoal para alcançar até os números de cadastros públicos de qualquer pessoa mencionada, como identidade ou cpf: “Portanto, essas informações pessoais não são públicas e devem ter seu acesso restrito! São exemplos de informações que podem ser consideradas pessoais: número de documentos de identificação pessoal (RG, CPF, título de eleitor, SIAPE, etc.); estado civil; data de nascimento; endereço pessoal da pessoa física; endereço eletrônico pessoal (e-mail); número de telefone pessoal (fixo ou móvel); informações financeiras e patrimoniais; informações médicas; origem social, racial ou étnica (...)” (p. 39). Além disso, os servidores públicos têm sido orientados, a, na dúvida, classificar os documentos como restritos (sob o fundamento de Protocolo - Pendente de Análise de Restrição de Acesso (art. 6º, III, da Lei 12.527/2011)). Confira-se: https://www.youtube.com/watch?v=AjUseSPH6nI&ab_channel=IFNMG. Como o SEI, desenvolvido pelo TRF4, é o sistema de processo eletrônico mais utilizado no país na atualidade, percebe-se que a restrição de acesso vem crescendo em detrimento da publicidade em função de uma interpretação que se acredita hipertrofiada do que constituem informações de caráter pessoal.

Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5371, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 02.03.2022, DJe 31.03.2022)

Há razões que explicam a persistência da “cultura do segredo” mesmo após o advento da digitalização da Administração Pública no século XXI, como abuso nas classificações de sigilo de documentos públicos, a pouca disposição ao escrutínio público e a falta de clareza na divulgação de um amontoado de dados isoladamente (BAPTISTA, 2018, p.243). O diagnóstico é preocupante e demonstra que a batalha em favor de uma Administração Pública mais transparente deve ser permanente e demanda vigilância de todos os atores institucionais envolvidos – os próprios agentes públicos, os órgãos de controle, o Poder Judiciário, e a academia. É o que se passa a investigar brevemente no próximo tópico.

3. O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE, O DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO E O CONSTITUCIONALISMO DIGITAL

O constitucionalismo digital, segundo a doutrina especializada, é “um guarda-chuva que abrange as mais diversas iniciativas jurídicas e políticas, estatais e não-estatais, voltadas à afirmação de direitos fundamentais na internet”¹⁴. Recentemente, passou a ser investigado com maior profundidade em razão de seus impactos em institutos caros à teoria geral do direito constitucional¹⁵. Exige-se, em suma, a releitura de conceitos tradicionais e sua consequente adequação à realidade imposta pelo século XXI. Não seria diferente, pois, com o princípio da publicidade e com a garantia do devido processo legal administrativo, cuja aplicação, transposta para o âmbito digital, passa a enfrentar um novo contexto e novos desafios

De um lado, não há dúvida quanto ao impacto positivo das novas tecnologias na concretização destes valores constitucionais, notadamente por meio da Administração Pública digital e dos processos administrativos eletrônicos, que permitem, em tese, maior celeridade e interoperabilidade na realização das mais diversas atividades prestacionais do Estado. Este é um passo de grande potencial para eliminação da “cultura do sigilo” na Administração Pública, deslocando o espaço das decisões administrativas

14 A definição completa é assim enunciada: “A expressão “Constitucionalismo Digital” foi utilizada nos estudos iniciais sobre o tema para se referir a um movimento constitucional de defesa da limitação do poder privado de atores da internet, em oposição à ideia de limitação do poder político estatal. Em trabalhos mais recente, porém, a terminologia passou a ser utilizada como um guarda-chuva que abrange as mais diversas iniciativas jurídicas e políticas, estatais e não-estatais, voltadas à afirmação de direitos fundamentais na internet. Nesse último sentido, portanto, seria possível estabelecer uma relação de equivalência entre a ideia de “Constitucionalismo Digital” e a noção de “declarações de direitos fundamentais na internet (Internet Bill of Rights)”. (MENDES; FERNANDES, 2020, p. 4).

15 No campo da liberdade de expressão, por exemplo, tem sido notório o esforço acadêmico na demonstração da necessidade de sua releitura, pelo Ministro Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2023).

de salas físicas fechadas para processos totalmente eletrônicos, acessíveis de qualquer lugar do país pelo meio digital.

De outro lado, porém, são muitos os riscos identificados na recente implementação dos processos administrativos eletrônicos, notadamente à luz do princípio da publicidade. A forma incipiente de desenvolvimento destas novas ferramentas nas administrações públicas país afora alerta para a ameaça de que o fenômeno digital, longe da esperança de que nele se deposita, torne-se mera transposição burocrática da lógica do direito administrativo de papel para o meio eletrônico. De imediato, já são sentidos os seguintes problemas: (i) de acesso ao processo eletrônico, em razão da exclusão digital em graus elevados ainda no século XXI (GABARDO, 2020); (ii) de demora irrazoável na solução das controvérsias administrativas, com decisões que não se tornaram mais céleres no meio digital (CARVALHO, 2020); e (iii) de insubsistência do debate em torno da segurança dos dados sensíveis da própria Administração Pública e daqueles compartilhados pelo cidadão para uso dos serviços públicos fornecidos digitalmente (ZULLO, 2020).

Para além desses problemas, verifica-se, em linha com o trecho do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, acima reproduzido, que a opacidade do Estado brasileiro persiste – e, ao contrário do que se poderia esperar, até se aprofunda – no meio digital. Se é verdade que o processo administrativo e a publicidade são garantias que se retroalimentam, fortalecendo-se de forma mútua, era de se esperar ganhos institucionais com a digitalização da Administração Pública. Ocorre que, para além do meio adotado – físico ou eletrônico –, é essencial que os agentes públicos envolvidos, que são responsáveis por sua implementação e desenvolvimento, estejam imbuídos do projeto constitucional de assegurar transparência aos processos administrativos.

Ao menos até o presente momento, porém, vem se observando fenômeno complexo de hipertrofia hermenêutica de hipóteses legais de sigilo em detrimento do disposto na Lei de Acesso à Informação (Lei federal n.º 12.527/11) e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, colacionada no tópico antecedente. Recentemente, este fenômeno se agravou com a edição da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei federal n.º 13.709/18), menos pela literalidade de suas disposições e mais pelo alcance que seus intérpretes, agentes públicos da burocracia estatal, vem lhe conferindo. O que se defende neste trabalho, no entanto, é que não subsistem razões jurídicas para que as premissas adotadas pela Suprema Corte brasileira para os processos administrativos de papel sejam afastadas no meio digital. Em um ou noutro cenário, extrai-se da mesma Constituição Federal de 1988 o dever imposto à Administração Pública, inclusive indireta, do “máximo de transparência razoável”.

Portanto, à luz de um constitucionalismo digital, a garantia ao devido processo legal administrativo e o princípio da publicidade não devem ser amesquinçados, nem merecer tratamento diferente daquele sinalizado pela jurisprudência atual e sólida da Suprema Corte. Hipóteses legais de sigilo, excepcionais que são, devem ser sempre submetidas ao forte escrutínio do princípio da proporcionalidade, sendo preferenciais, aos agentes públicos da burocracia estatal, soluções interpretativas que sejam restritivas de seu alcance, privilegiando a transparência dos processos administrativos. Observados os parâmetros jurisprudenciais, mesmo diante das inovações introduzidas pela Lei Geral de Proteção de Dados (Lei federal n.º 13.709/18), a digitalização da Administração Pública poderá, enfim, cumprir o papel que dela se espera, concretizando o projeto normativo da Constituição Federal de 1988.

CONCLUSÃO

O presente trabalho pretendeu investigar os contornos do dever constitucional de transparência da Administração Pública, assim como a relação sinérgica entre a garantia do devido processo legal administrativo e o princípio da publicidade, buscando compreender o seu mútuo fortalecimento como mecanismo de estímulo e de expansão da racionalidade burocrática. Nesse sentido, não há como pensar em um processo administrativo efetivo que não seja transparente; assim como não se pode conceber a publicidade sem que se materialize o íter procedimental percorrido pelos agentes políticos até a edição do ato administrativo. Não à toa, o projeto de Estado gestado pela Constituição Federal de 1988 assegura expressamente aos cidadãos tanto o devido processo legal administrativo (CRFB, art. 5º, LIV), como a publicidade (CRFB, art. 37, *caput*), apostando na retroalimentação entre eles.

A partir deste quadro normativo, o presente trabalho passou em revista os precedentes sobre a matéria no Supremo Tribunal Federal, com o intuito de confirmar o papel do Poder Judiciário na concretização deste projeto constitucional, com a consolidação, nos últimos trinta e cinco anos, de uma jurisprudência mais atenta à necessidade de diminuição da opacidade persistente das administrações públicas espalhadas pelo país. A partir da análise de julgados da Suprema Corte, destacando-se alguns de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, extraiu-se o vetor hermenêutico jurisprudencial do “*máximo de transparência razoável*”. Em suma, como intérprete do texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo, de forma iterativa, o caráter excepcional do sigilo dos atos e processos administrativos previsto em lei, que deve sempre ser avaliado no caso concreto, em juízo ponderativo, sob forte escrutínio do princípio da proporcionalidade.

Estas balizas interpretativas, construídas ao longo dos anos pela Suprema Corte, em especial após o advento da Constituição Federal de 1988, confirmam a necessária sinergia entre devido processo legal administrativo e publicidade e são de extrema valia para a avaliação de possíveis soluções aos problemas que se desenham em um contexto de constitucionalismo digital. A transição, no século XXI, para sistemas de Governo Digital, com a expansão paulatina de processos administrativos eletrônicos retoma, sob nova roupagem, problemas antigos, em especial de transparência das administrações públicas país afora. Neste cenário, a tutela das garantias constitucionalmente asseguradas ao cidadão não deverá prescindir dos já conhecidos antídotos que foram sendo concebidos pela jurisprudência dos tribunais brasileiros nos últimos trinta e cinco anos, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 e de seu projeto normativo.

Dessa forma, para que a digitalização não se torne mero mecanismo de transposição burocrática do direito administrativo de papel para o meio eletrônico, é essencial que as novas formas de restrição à publicidade nos processos administrativos em meio digital sejam combatidas. A opacidade das administrações públicas ainda persiste e resiste, mesmo em um mundo cada vez mais digital, demandando uma atuação proativa dos atores jurídicos na aplicação dos parâmetros normativos estabelecidos pelo constituinte e reforçados pela jurisprudência.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Rafael. LAI e LGPD no mundo dos dados: uma relação de curtos-circuitos administrativos. *Portal Jota*. 07 de maio de 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lai-e-lgpd-no-mundo-dos-dados-07052023>. Acesso em 10 de maio de 2023.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BAPTISTA, Patrícia; ANTOUN, Leonardo. A publicidade nas arbitragens com a administração pública: finalidade e limites. *Revista Escola da Advocacia-Geral da União* – Ministro Victor Nunes Leal, Brasília, Ano 13, n. 2, p. 1-33, Janeiro-Abril, 2020, pp.61-82.

BARROSO, Luís Roberto. A República que ainda não foi. In BARROSO, Luís Roberto; CAMPOS MELLO Patrícia Perrone (orgs.). *A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.35-54.

_____. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 1ª ed., 2018, p.41-85.

_____. Liberdade de expressão, imprensa e mídias sociais: jurisprudência, direito comparado e novos desafios. *Revista da Presidência da República*, Brasília, Volume 25, Número 135, 2023p.20-48.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

_____. *Estado, governo e sociedade*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 7ª Edição, 1999.

BORGES DE CARVALHO, Lucas. Governo digital e direito administrativo: entre a burocracia, a confiança e a inovação. *Revista De Direito Administrativo*, 279 (3), 2020, pp.115–148. <https://doi.org/10.12660/rda.v279.2020.82959>. Acesso em 22 de maio de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). *Mandado de Segurança n.º 33.340/DF*. Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 26.05.2015, DJe 03.08.2015.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Segurança n.º 28.178/DF*, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 04.03.2015, DJe 08.05.2015.

_____. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). *Agravo Interno em Agravo em Recurso Extraordinário 939.551*, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 27.10.2017, DJe 14.11.2017.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.371*, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 02.03.2022, DJe 31.03.2022.

CARVALHO, Luiz Maklouf. 1988: *segredos da constituinte – os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil*. Rio de Janeiro: Record, 2017.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder – formação do patronato político brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

GABARDO, REYNA e SANTOS. *Electronic Government, Digital Invisibility and Fundamental Social Rights*. Sequência estudos jurídicos e políticos. vol. 41. 10.5007/2177-7055.2020v41n85p30. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/75278>. Acesso em 30 set. 2023.

GASPAR, Malu; MOURA, Rafael Moraes Equipe de Lula quer revogar sigilos de Bolsonaro, mas põe em segredo os próprios documentos. *O Globo*, Rio de Janeiro, 26 dez 2022. Disponível na internet em <https://oglobo.globo.com/blogs/malu-gaspar/post/2022/12/equipe-de-lula-critica-sigilos-de-bolsonaro-mas-nao-divulga-relatorios-que-embasaram-transicao.ghtml>. Acesso em 30 set. 2023

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 235.

MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, vol. 16, n. 1, p. 1-33, Janeiro-Abril, 2020, p.04.

MOTTA, Fabrício. Publicidade e transparência são conceitos complementares. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, 1 de fevereiro de 2018. Disponível na internet em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-01/interesse-publico-publicidade-transparencia-sao-conceitos-complementares>. Acesso em 30 de agosto de 2023.

NOVA, Daniel Vila. Bolsonaro nega, mas decretou sigilo de 100 anos em questões familiares; relembre mais casos. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 30 set. 2022. Disponível na internet em <https://www.estadao.com.br/politica/sigilo-100-anos-bolsonaro-65-vezes-no-governo/>. Acesso em 30 de agosto de 2023.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

ZULLO, Bruno Almeida. *A Disciplina Jurídica da Proteção de Dados Pessoais no Estado*: Desafios na era do Governo Digital. 2020. Dissertação (Mestrado em Mestrado em Direito Público) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

O DIREITO HUMANO AO MEIO AMBIENTE NA VISÃO DO STF: O PAPEL DA CORTE NO ENFRENTAMENTO DA CRISE CLIMÁTICA

THE HUMAN RIGHT TO THE ENVIRONMENT IN THE VIEW OF THE STF: THE ROLE OF THE COURT IN FACING THE CLIMATE CRISIS

Patricia Perrone Campos Mello¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. O que é Mudança Climática. 2. A Importância da Amazônia para a Preservação do Clima. 3. Instrumentos Internacionais Sobre Mudanças Climáticas. 4. Respostas do Brasil à Crise Climática. 5. A ADPF 708. 6. Precedentes Internacionais e Comparados. 6.1. Precedentes do Direito Internacional. 6.2. Precedentes do Direito Comparado. Conclusão. Referências.

¹ Professora-Doutora Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Doutora e mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Procuradora do Estado do Rio de Janeiro.

RESUMO: O artigo se volta ao exame do papel que o Poder Judiciário tende a desempenhar em matéria de segurança climática, tanto no Brasil como no exterior. Com esse objetivo, parte de um caso paradigmático, julgado pelo Supremo Tribunal Federal: a ADPF 708, da relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, em que se discutiu a paralisação do Fundo Nacional sobre Mudanças Climáticas. Em tal caso, o STF tratou do dever da União de enfrentamento às mudanças climáticas, à luz de normas nacionais e internacionais. E equiparou os tratados de direito ambiental aos tratados de direitos humanos, conferindo-lhes status supralegal e, portanto, proteção reforçada em face de normas ordinárias posteriores. O trabalho demonstra, ainda, que os fundamentos utilizados pelo Supremo para decidir o caso se alinham àqueles utilizados pelas principais cortes internacionais e domésticas que ousaram se manifestar sobre a matéria, abrindo-lhe um relevante espaço de diálogo, em questão que estará no centro dos debates nos próximos anos. Em termos metodológicos, baseia-se em revisão bibliográfica e de jurisprudência comparada e internacional sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Mudança Climática. Tratados de Direito Ambiental. Tratados de Direitos Humanos. Status. Indivisibilidade dos Direitos Humanos.

ABSTRACT: The article examines the role that the Judiciary is likely to play in matters of climate security, based on a landmark case judged by the Federal Supreme Court: ADPF 708, under the rapporteurship of Justice Luís Roberto Barroso. This is a case about the obstruction and halting of the National Fund on Climate Change during the Bolsonaro administration. In it, the Court addressed the duty of the Union to confront climate change, in light of national and international standards. It equated environmental law treaties to human rights treaties, due to the indivisibility between the two, granting them supra-legal status and, therefore, reinforced protection against subsequent ordinary laws. Furthermore, the grounds used by the Court in their decision align with those used by major international and domestic courts that have dared to express opinions on the matter, opening significant space for dialogue on an issue that will be at the heart of debates in the coming years. In terms of methodology, it is based on bibliographic, international and comparative case law reviews on the subject.

KEYWORDS: Climate Change. Environmental Law Treaties. Human Rights Treaties. Status. Indivisibility of Human Rights.

INTRODUÇÃO

A crise climática é a grande questão do nosso tempo. Sem enfrentá-la não há futuro. O equacionamento do problema pressupõe uma profunda mudança de paradigma quanto à forma como a humanidade produz e consome, bem como quanto ao valor reconhecido à natureza e aos seus distintos componentes. Não há solução simples ou isolada. A mudança precisa ser um compromisso comum de todos os Estados, atores públicos, econômicos e cidadãos em seu conjunto. As consequências de um cenário de leniência quanto ao tema são graves e colocam em risco a sobrevivência de múltiplas espécies, inclusive da espécie humana (BARROSO; MELLO, 2020, p. 331-376)².

A despeito das dimensões do problema e do considerável consenso científico a seu respeito, são enormes as resistências a tais mudanças, dadas as repercussões políticas, econômicas e sociais das medidas necessárias ao enfrentamento da questão climática. Tais medidas pressupõem desinvestimentos para algumas empresas (como aquelas que atuam na produção de combustíveis fósseis) e grandes investimentos em pesquisa e em tecnologia limpa para outras. O mundo está atrasado e em risco: de modo geral, o desempenho dos Estados no cumprimento de seus compromissos climáticos é aquém do esperado. Os efeitos climáticos continuam se gravando. As instâncias majoritárias vêm falhando em sua missão de produzir e implementar políticas públicas consistentes e a bom tempo (ONU, 2022a). Em consequência de tal cenário, tribunais domésticos e internacionais são acionados.

Nessa linha, o artigo se volta ao exame do papel que o Poder Judiciário tende a desempenhar em matéria de segurança climática tanto no Brasil como no exterior. Para tal, parte de um caso paradigmático, relatado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, que constitui uma importante contribuição para o avanço da jurisprudência da Corte no tema: a ADPF 708. Em tal ação, o STF foi chamado a apreciar ações e omissões da União (STF, 2022), que estariam comprometendo o enfrentamento às mudanças climáticas por parte do Brasil e frustrando a operação do Fundo Nacional sobre Mudanças no Clima (“Fundo Clima”), especialmente instituído para financiar tais medidas (BRASIL, 2009).

Embora o Tribunal disponha de diversos outros julgados sobre matéria ambiental, a decisão proferida na ADPF 708 se destaca porque *inova nos fundamentos utilizados pela Corte para a sua atuação*. Pela primeira vez e de forma inédita, o Supremo Tribunal Federal alude aos compromissos

2 De fato, prevalece ainda hoje uma racionalidade antropocêntrica, que reconhece dignidade e direitos ao ser humano, em virtude da sua racionalidade, e compreende os animais e demais seres vivos como coisa, quantificável e precificável, com base na alegada ausência de racionalidade semelhante, abrindo-se caminho a lógicas não sustentáveis de utilização dos recursos naturais (MELLO; FAUNDES, 2020, p. 223-252).

climáticos firmados internacionalmente para sustentar que os *tratados sobre matéria ambiental constituem espécie do gênero “tratados de direitos humanos”*. Por essa razão, se aprovados pelo procedimento comum, gozam de *status supralegal*, paralisando a eficácia das normas domésticas que os contrariem³. Isso porque, no entendimento do Tribunal, um meio ambiente saudável é condição para a realização dos demais direitos fundamentais tutelados pelo ordenamento jurídico. Sem um meio ambiente equilibrado, a fruição dos demais direitos – como o direito à vida, à saúde e à alimentação – ficariam indiscutivelmente comprometidos (STF, 2022).

Na prática, o caso produziu o relevante impacto imediato e concreto de desbloquear o funcionamento estatal e de assegurar a retomada do funcionamento do Fundo Clima, com a aplicação de vultosos recursos federais que estavam retidos. Mas não é só. Produziu, ainda, o *efeito sistêmico e diferido de gerar um precedente, que protege os tratados ambientais contra mudanças por meio de leis ordinárias*. Com essa providência, o Tribunal protege a regulação ambiental contra eventuais governos hostis ao tema. Além disso, os fundamentos utilizados pelo STF para decidir a questão *o alinham a argumentos sustentados pelas principais cortes internacionais e domésticas* que ousaram se manifestar sobre a matéria, abrindo-lhe um relevante espaço de diálogo com outros tribunais e inserindo-o em uma agenda global que estará no centro dos debates nos próximos anos.

Do ponto de vista metodológico, o artigo se baseia em revisão da bibliografia e de jurisprudência internacional e comparada sobre mudanças climáticas, observando o seguinte roteiro. Na primeira seção, explica brevemente o que são as mudanças climáticas. Na segunda, aborda a importância da Amazônia para seu enfrentamento. Na terceira, discorre sobre os instrumentos internacionais idealizados sobre o tema. Na quarta seção, analisa as respostas dadas pelo Brasil à crise climática. Na quinta e na sexta seções, examina a decisão proferida na ADPF 708 e demais decisões internacionais e comparadas sobre a matéria, demonstrando pontos de argumentação comuns. Ao final, apresenta suas principais conclusões.

1. O QUE É MUDANÇA CLIMÁTICA

Desde a primeira Revolução Industrial, em meados do século XVIII, o Planeta está em processo contínuo de aquecimento. Estima-se um aumento da temperatura média global de 1° C, a que se podem agregar ao menos mais 3° C nos próximos 100 anos (ABRAM, 2016, p. 411-418; INPE, 2023a). Há considerável consenso científico no sentido de que tal fenômeno deriva

3 Tal é o entendimento da jurisprudência do STF sobre o status dos tratados de direitos humanos aprovados pelo procedimento comum, com base no art. 5º, §2º, CF. Há, ainda, a possibilidade de que sejam aprovados pelo processo legislativo característico das emendas constitucionais, situação em que tais normas desfrutarão de status constitucional, nos termos do art. 5º, §3º, CF (STF, 2008).

sobretudo da ação humana, tendo por principal fator a emissão de gases de efeitos estufa (GEE) relacionados à queima de combustíveis fósseis e a mudanças no uso e cobertura do solo, associados à agricultura, pecuária e ao desmatamento. Ele é responsável, ainda, por um conjunto de mudanças climáticas que envolve: o derretimento de geleiras, a subida do nível do mar, a elevação da acidez dos oceanos, o aumento de eventos extremos (como furacões, enchentes e secas), a alteração das características de coberturas vegetais, bem como a extinção de espécies em proporções inéditas, que podem comprometer cadeias alimentares relacionadas a um amplo conjunto de seres vivos (NASA, sd.).

Em virtude de tal fato e dos riscos que ele coloca, múltiplos trabalhos apontam para a necessidade de conter a elevação da temperatura média do Planeta nas próximas duas décadas em, no máximo, 2° C, sob pena de ocorrência de mudanças irreversíveis. Mais recentemente, contudo, tem-se sugerido um limite prudencial de contenção da elevação da temperatura em 1,5° C. Para que tal objetivo seja alcançado, demanda-se um esforço comum do conjunto de agentes responsáveis pela produção e consumo de bens e serviços relacionados à emissão de GEEs: os Estados, os agentes econômicos e os cidadãos. Requer-se, ainda, uma nova forma de pensar o capitalismo, que concilie o desenvolvimento e o atendimento das necessidades das pessoas e Estados com um uso racional dos recursos ambientais, que permita a sua preservação para atuais e futuras gerações (ONU, 2023).

No caso do Brasil, que é um dos maiores produtores de carne bovina e de soja do mundo, a emissão de GEEs decorre preponderantemente das alterações de uso do solo e do desmatamento (STABILE, 2020). Estima-se que aproximadamente 58% das emissões de GEE do país se relacionem a tais fatores (INPE, 2023a). O país abriga, ainda, entre outros biomas de relevância para a preservação do clima, a Floresta Amazônia, que corresponde a 48% do território nacional (AMAZÔNIA 2030, 2021, p. 1). Enfrentar as mudanças climáticas no Brasil é essencial para a estabilidade do clima no mundo.

2. A IMPORTÂNCIA DA AMAZÔNIA PARA A PRESERVAÇÃO DO CLIMA

A Amazônia é a maior floresta tropical do mundo e desempenha importantes funções na mitigação das mudanças climáticas: (i) constitui a *maior reserva de biodiversidade do Planeta*, com plantas, animais e micro-organismos sequer inteiramente conhecidos; (ii) assegura a *permanência do ciclo da água e do regime de chuvas* da América do Sul, por meio da evotranspiração, que resfria a atmosfera; e transfere grandes volumes de umidade dos oceanos para o continente, por meio dos rios voadores, abastecendo diversas bacias

hidrográficas; (iii) por meio da fotossíntese, *absorve e armazena dióxido de carbono*, um dos principais gases de efeito estufa responsável pelo aquecimento global (MORLEY, 2000; ROOSEVELT, 1996; SMITH, 2019; BOEKHOUT VON SOLIGEN, 2010) .

Um mundo sem a Amazônia é um mundo consideravelmente mais quente e seco. Além disso, o desmatamento e a supressão da cobertura vegetal implicam não apenas a não absorção de carbono pelas plantas, mas também a sua devolução à atmosfera, alimentando-se o ciclo de aquecimento. O resultado final de tal processo é o comprometimento do regime de chuvas, com impacto sobre o agronegócio, a geração de energia e o abastecimento das populações, bem como o sacrifício de grande universo de espécies, com efeitos sistêmicos difíceis de estimar.

Além disso, os cientistas afirmam que a Amazônia tem um ponto de não retorno, a partir do qual os efeitos decorrentes do desmatamento se tornarão irreversíveis, com a consequente savanização da floresta. Embora estimativas originais sugerissem que tal ponto de não retorno equivaleria ao desmatamento de aproximadamente 40% da floresta (NOBRE, 2016; SALLES; ESTEVES, 2019), estudos mais recentes apontam para riscos a partir da supressão de 25% da sua cobertura vegetal (LOVEJOY; NOBRE, 2018). Tais impactos são, ainda, influenciados pelas consequências sistêmicas de outros eventos que interferiram sobre o clima global e que podem acelerar sua alteração.

3. INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS SOBRE MUDANÇAS CLIMÁTICAS

Em virtude das características globais e sistêmicas da emergência climática, que depende da atuação de todos e de cada um dos países, desenvolveu-se, no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), um regime jurídico transnacional para o seu enfrentamento. Tal regime envolveu a elaboração de três documentos-base (vinculantes) para tal fim. Em primeiro lugar, a Convenção-Quadro das Nações Unidas de 1992, que entrou em vigor em 1994, promulgada pelo Brasil em 1998, estabeleceu obrigações gerais de inventário, controle e redução de emissões de GEEs, com o fim de mitigar mudanças climáticas (BRASIL, 1998). Na sequência, em 1997, celebrou-se o Protocolo de Quioto, ratificado e internalizado pelo Brasil em 2005, instituindo-se metas específicas de redução de GEEs para os países industrializados e a União Europeia (BRASIL, 2005). O documento previu a possibilidade de emissão e comercialização de créditos de carbono, decorrentes de reduções certificadas de emissões por parte dos países em desenvolvimento, como forma de incentivar as iniciativas climáticas nos últimos.

Por fim, em 2015, adotou-se o Acordo de Paris, ratificado pelo Brasil em 2016. Por meio dele, cada país comprometeu-se com “contribuições nacionalmente determinadas” de redução de GEEs, a serem progressivamente revisadas e majoradas (BRASIL, 2017). Previu-se, ainda, um sistema de financiamento climático por meio do qual os países desenvolvidos devem transferir recursos aos países em desenvolvimento, de forma a viabilizar a implementação das contribuições dos últimos. No caso do Brasil, seu compromisso original correspondeu a uma redução de 37% em 2020 e de 43% em 2025, tomando por base os níveis de 2005, meta a ser alcançada sobretudo por meio de mudanças da composição da matriz energética, redução do desmatamento e reflorestamento, entre outras providências (BNDES, s.d.).

Entretanto, uma compreensão dos fatores relacionados às alterações climáticas e à dinâmica política e econômica global a elas relacionadas demonstram que o comprometimento transnacional dos Estados pode ser insuficiente para alcançar mudanças com as profundidades de que se necessita. Em um mundo economicamente globalizado, as empresas transnacionais são responsáveis por taxas médias de emissão de GEEs superiores àquelas produzidas por países inteiros. Tais empresas detêm rendimentos maiores do que os produtos internos produtos (PIBs) dos Estados nacionais, são capazes de influenciar – para não dizer definir – as políticas públicas por eles adotadas, assim como o modo de produção e de consumo dos demais atores com os quais interagem (BARROSO, 2019). Especialmente no que se refere a países em desenvolvimento, pode haver grande assimetria de poder entre o Estado e as corporações transnacionais, que representam fontes de investimento, geração de empregos e arrecadação de tributos relevantes, com apelo político e econômico que dificulta a implementação de marcos rigorosos. Portanto, ao lado dos Estados, é preciso pensar no engajamento das empresas e de agentes privados na proteção dos direitos humanos e ao meio ambiente (V. MONEBHURRUN, 2019).

Enfrenta-se, assim, um paradoxo: embora, pela compreensão atual, empresas, como entes privados, não sejam sujeitos de direito internacional obrigáveis por meio de tratados, o engajamento de tais empresas é determinante para o sucesso do enfrentamento das mudanças climáticas. Enquanto não se alcançarem mecanismos aptos a confrontar essa realidade e a conformar a atuação das multinacionais e grandes corporações, seus resultados positivos seguirão sendo apropriados, privada e concentradamente, por algumas economias desenvolvidas (e pelos grupos que as controlam), ao passo que as externalidades negativas decorrentes de sua atuação são compartilhadas por todos os seres vivos do planeta, com impactos drásticos sobre a fruição de direitos fundamentais mínimos, como o direito à vida, à saúde, à segurança alimentar, ao trabalho adequado e ao mínimo existencial e forte interferência sobre políticas públicas de proteção ambiental.

Atenta a tal realidade e à necessidade de engajar atores privados no combate às mudanças climáticas, a ONU editou o Marco Proteger, Respeitar e Remediar, por meio do qual reiterou o dever dos Estados de regular, fiscalizar e promover o respeito aos direitos humanos pelos agentes privados, bem e como de proporcionar a reparação e recuperação eventuais danos perpetrados; e previu a responsabilidade dos entes privados de respeitarem tais direitos e, portanto, de atuar com a “devida diligência”, de modo a evitar ou reparar a sua violação em sua cadeia produtiva direta ou indireta (ONU, 2004).

Conforme a compreensão construída em âmbito internacional, a responsabilidade das empresas quanto ao respeito aos direitos humanos se diferencia dos deveres estatais na matéria, porque se compõe apenas por normas internacionais de *soft law* que buscam definir standards para a sua atuação, tais como os Princípios das Nações Unidas em Matéria de Empresas e Direitos Humanos (Princípios Ruggie) (ONU, 2011), o Compacto Global de Responsabilidade Corporativa das Nações Unidas (ONU, 2004; ONU, 2012; ONU, 2018; BRASIL, s.d.) e as Diretrizes para Empresas da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) (BRASIL, 2021).

De acordo com tais normas, o dever de devida diligência⁴ das empresas na matéria envolve: (i) o compromisso de identificarem e enfrentarem os danos reais ou potenciais a direitos humanos decorrentes de sua operação e de sua cadeia de suprimento e/ou relações comerciais, (ii) de consultarem os grupos afetados, de integrarem a mitigação e gestão dos impactos de sua operação a seus procedimentos internos, (iii) de prevenirem, mitigarem e remediarem eventuais violações, bem como de (iv) acompanharem tais medidas, (v) informando ao público e aos interessados como os impactos são mapeados e enfrentados⁵. Entretanto, como se trata de standards decorrentes de instrumentos de *soft law*, nem sempre eles são efetivados em

4 Nos termos do Guia de Interpretação da Organização das Nações Unidas: “Devida diligência é definida ‘como uma medida de prudência, atividade e assiduidade, adequadamente esperada de, e ordinariamente exercida por, uma pessoa razoável e prudente, sob circunstâncias particulares; não é mensurável com base em um standard absoluto, mas depende dos fatos específicos do caso’. No contexto dos Princípios Reitores, a devida diligência em matéria de direitos humanos abrange um processo de gestão contínua que uma empresa razoável e prudente deve adotar, à luz das suas circunstâncias (incluindo o setor, o contexto de operação, o tamanho e fatores semelhantes), de forma a cumprir sua responsabilidade de cumprir os direitos humanos” (ONU, 2012).

5 O Princípio Ruggie 17, que trata do dever de devida diligência, estabelece: “A fim de identificar, prevenir, mitigar e reparar os impactos negativos de suas atividades sobre os direitos humanos, as empresas devem realizar auditorias/atuar com a devida diligência (*due diligence*) em matéria de direitos humanos. Esse processo deve incluir uma avaliação do impacto real e potencial das atividades sobre os direitos humanos, a integração das conclusões e sua atuação a esse respeito; o acompanhamento das respostas e a comunicação de como as consequências negativas são enfrentadas. A auditoria/odever de devida diligência (*due diligence*) em matéria de direitos humanos: A. Deve abranger os impactos negativos sobre os direitos humanos que tenham sido causados ou que tiveram a contribuição da empresa para sua ocorrência, por meio de suas próprias atividades, ou que tenham relação direta com suas operações, produtos ou serviços prestados por suas relações comerciais; B. Variará de complexidade em função do tamanho da empresa, do risco de graves consequências negativas sobre os direitos humanos e da natureza e o contexto de suas operações; C. Deve ser um processo contínuo, tendo em vista que os riscos para os direitos humanos podem mudar no decorrer do tempo, em função da evolução das operações e do contexto operacional das empresas” (livre tradução). Os Princípios 18 a 21, a seu turno, definem os componentes essenciais do dever de devida diligência (CONNECTAS, 2012; ONU, 2019; OCDE, 2018).

concreto e, eventualmente, são assumidos de forma retórica por grandes corporações⁶.

Tal atuação insuficiente e retórica parece refletir-se no Sexto Relatório do Painel Intergovernamental sobre Mudança Climática (IPCC), publicado em março de 2023. Tal relatório conclui que há mais de 50% de chance de que o aumento médio da temperatura mundial alcance ou ultrapasse 1,5 ° C entre 2021 e 2040. O documento indica, ainda, a ocorrência de impactos climáticos mais severos do que se esperava originalmente e constata que nem mesmo o limite de 1,5° C é um cenário seguro para todos – destacando-se que os efeitos mais adversos recaem sobre países e/ou cidadãos mais vulneráveis. De acordo com o documento, em alguns lugares as alterações climáticas já são tão graves que não há mais estratégias de adaptação capazes de evitar graves perdas por completo. Conclui afirmando que, embora a contenção do aumento da temperatura média em 1,5° C não seja impossível ainda, ele depende de reduções drásticas e imediatas na emissão de GEEs e, portanto, no uso de combustíveis fósseis (ONU, 2023a). Nota-se, assim, que as metas de redução não apenas não foram alcançadas como, ademais, estão se mostrando insuficientes.

4. RESPOSTAS DO BRASIL À CRISE CLIMÁTICA

No que respeita ao Brasil, o modelo de desenvolvimento que promoveu a ocupação da Amazônia fundou-se na preocupação de integrá-la ao território nacional, por meio do povoamento, de modo a assegurar a soberania do país sobre a floresta e seus recursos. Com esse propósito, construíram-se estradas e incentivaram-se produtores e trabalhadores a se instalarem na região. Incentivos fiscais possibilitaram que poucas empresas adquirissem grandes áreas de terra a preços baixos, favorecendo a formação de latifúndios com dinheiro público. À época, não havia grande compreensão dos impactos ambientais. Nas margens das estradas foram se formando extensas áreas de desmatamento, tendo-se verificado um vertiginoso aumento do desmatamento na região até o ano de 2004 (MAHAR, 1978).

A partir de 2004, e diante da grande pressão internacional que se estabeleceu, o Brasil passou a responder às necessidades de proteção da floresta. Nesse sentido, elaborou e implementou o Plano de Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia (PPCDAm), envolvendo o monitoramento do desmatamento por imagens de satélite, a fiscalização das atividades econômicas desenvolvidas na região, o corte de subsídios a produtores irregulares, a demarcação de terras indígenas e a criação de unidades de conservação como formas complementares de proteção

⁶ V., a título ilustrativo, o que se registra na decisão do Caso Milieudefensie et al. V. Royal Dutch Shell PLC (HOLANDA, 2021).

ambiental. Entre 2004 e 2012, e tendo em vista a atuação estatal contundente, o desmatamento na área caiu em aproximadamente 80% (INPE, 2023b e 2023c). Estima-se que o Brasil foi, então, um dos países que mais contribuiu para a mitigação das mudanças climáticas (KALUNGA, 2020).

Em 2009, criou-se, ainda, o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima (Fundo Clima), por meio da Lei 12.114/2009, com a finalidade de assegurar recursos para “projetos ou estudos e financiamento de empreendimentos que visem à mitigação da mudança do clima e à adaptação à mudança do clima e aos seus efeitos”. No mesmo ano, por meio da Lei n. 12.187/2009, que instituiu a Política Nacional sobre Mudança do Clima (art. 12), assumiu-se o compromisso climático voluntário de, até 2020, reduzir a emissão de GEEs entre 36,1% e 38,9%. Por fim, no âmbito do Acordo de Paris, o Brasil comprometeu-se com a meta de redução de emissão de GEEs em 37%, com relação aos níveis de emissão de 2005, até o ano de 2025, e em 43% até o ano de 2030. Entretanto, a partir de 2013, o desmatamento começou a crescer de forma contínua, atingindo seus pontos mais altos (desde o ano de 2009) entre 2019 e 2022. No mesmo período, paralisou-se o funcionamento do Fundo Clima, tendo-se, finalmente, acionado o STF sobre o tema⁷.

5. A ADPF 708

A ADPF 708, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, teve por objeto a paralização do funcionamento do Fundo Clima, em razão de ações e omissões da União, praticadas em situação de franco retrocesso ambiental no país. Conforme relato da inicial, vultosos recursos que deveriam ter sido aplicados em medidas de mitigação às mudanças climáticas nos anos de 2019 e 2020 estavam retidos e parados no Fundo. A inicial denunciava, ainda, que a composição do Comitê Gestor do Fundo, responsável pelas decisões sobre a alocação dos seus recursos, teria sido alterada pelo governo federal, de modo a reduzir a participação da sociedade civil e de experts no colegiado e aumentar o controle do governo sobre as decisões alocativas de recursos⁸. Observou-se que o comportamento da União, compreendido em seu contexto mais amplo, permitia vislumbrar uma intenção de desarticular

7 As taxas de desmatamento da Amazônia passam a subir progressivamente a partir do ano de 2012, quando atingiram seu ponto mais baixo, de 4,6km2. No período indicado, as taxas anuais foram de 10.129 km2 em 2019, 10.851 km2 em 2020, 13.038 km2 em 2021, 11.594 km2 em 2022 (INPE, 2023b).

8 De fato, segundo avaliação da Comissão de Meio Ambiente do Senado Federal, a inoperância do Fundo Clima ocorreu porque o Executivo pretendia alterar a Composição do Comitê Gestor antes de destinar os seus recursos, mas era necessário aguardar o fim dos mandatos dos membros atuais. Segundo o mesmo documento: a “nova composição do Comitê privilegia a representação e a participação do setor privado em detrimento da participação da sociedade civil organizada, ao contrário da antiga composição” (SENADO FEDERAL, 2019).

medidas de proteção às mudanças climáticas, em especial aquelas relacionadas ao combate ao desmatamento⁹.

A (não) atuação do ente público, no entendimento dos requerentes, violava o direito constitucional ao meio ambiente equilibrado (art. 225, CF), os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em matéria de combate às mudanças climáticas, assim como as próprias normas que regulavam o funcionamento do Fundo Clima. Assim, com base em tais argumentos, pediram ao Supremo Tribunal Federal que determinasse à União: (i) a reativação do funcionamento do Fundo Clima; (ii) a apresentação do Plano Anual de Aplicação de Recursos; bem como (iii) a não realização de novos contingenciamentos de recursos do Fundo.

A União, a seu turno, alegou que a alocação de tais recursos era uma questão de política pública, que cabia aos representantes eleitos com exclusividade, razão pela qual não poderia o Judiciário imiscuir-se na matéria, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes. Afirmou, ainda, que a não aplicação dos recursos, por dois anos consecutivos, não configurava omissão. Em verdade, devia-se ao fato de que se aguardava a aprovação do novo marco regulatório de saneamento pelo Congresso Nacional, para então destinar os recursos. Vale observar, contudo, que questões afetas ao saneamento são responsáveis por percentual ínfimo de emissão de GEEs, dispondo de baixa relevância no que se refere à mitigação de mudanças climáticas.

O caso rendeu uma das primeiras e mais paradigmáticas decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria de emergência climática. Ao examinar a matéria, o STF observou que a discussão não constituía questão de política pública, objeto de competência discricionária dos representantes eleitos ou do Presidente da República. Ao contrário, segundo a Corte, do *ponto de vista constitucional*, o direito brasileiro garante o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e impõe ao Poder Público o dever de

9 São exemplos de tal comportamento, por parte do então Governo Bolsonaro: “(i) a extinção da Secretaria de Mudanças do Clima e Florestas do Ministério do Meio Ambiente (MMA), (ii) a extinção da Subsecretaria Geral de Meio Ambiente, Energia e Ciência e Tecnologia do Ministério das Relações Exteriores, (iii) a exoneração de inúmeros superintendentes estaduais do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente (IBAMA) e sua substituição por pessoas alegadamente descomprometidas com as causas ambientais (...); (iv) a redução do número de membros do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), com impacto sobre a representação das organizações não governamentais (ONGs), dos estados e da sociedade civil⁶⁸; (v) a transferência do Serviço Florestal Brasileiro para o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (Ministério da Agricultura), ao qual se atribui a defesa de interesse conflitante; (vi) a alteração da competência para demarcar terras indígenas, com sua migração da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) para o Ministério da Agricultura⁷⁰; (vii) a manifesta hostilidade em relação às organizações não governamentais que atuam ao lado dos defensores da floresta (HRW, 2019, p. 5,6); e, por fim, (viii) a extinção do Comitê Orientador do Fundo Amazônia, que detinha a atribuição de estabelecer os critérios e acompanhar a aplicação dos recursos do Fundo. Esse último ato agravou a crise diplomática do Brasil com Alemanha e Noruega, os dois mais importantes financiadores de ações voltadas à proteção ambiental da Amazônia, levando à suspensão de novas doações, após tais países terem destinado bilhões de reais para a causa” (BARROSO; MELLO, 2020, p. 349)

protegê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, o que inclui o dever de enfrentamento às mudanças climáticas (art. 225, CF)¹⁰.

Além disso, *do ponto de vista legal*, segundo a Corte, as Leis n. 12.114/2009 e 12.187/2009 já estabeleciam as políticas públicas a serem adotadas na matéria. Por conseguinte, não havia que se falar em decisão política ou discricionária do Executivo. Normas constitucionais e legais previam o dever de proteção do Poder Público, assim como as políticas públicas que deveriam concretizá-lo, determinando – e não facultando – a atuação das autoridades. Ambos os argumentos avançavam no tema, tanto por estender expressamente princípios e regras ambientais ao enfrentamento das mudanças climáticas, bem como por reconhecer que o debate envolvia matéria jurídica e não política.

Entretanto, o argumento *inédito* trazido pela decisão referiu-se ao *status dos instrumentos internacionais em matéria ambiental* ratificados pelo Brasil: a Convenção Quadro, o Protocolo de Quioto e o Acordo de Paris. Sobre eles, o relator, Ministro Luís Roberto Barroso, salientou que o país se comprometeu voluntariamente, na esfera internacional, com uma “contribuição nacionalmente determinada” (CND), que lhe impunha a redução de emissões de carbono em território nacional. Tal providência, conforme normas aplicáveis, deveria equivaler à redução da taxa anual de desmatamento para um patamar máximo de 3.925 km² até 2020, tendo em vista que o desmatamento e a alteração de uso do solo constituem “as principais atividades responsáveis pela emissão de GEEs” no Brasil¹¹. No

10 CF, art. 225: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; [...]; VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. [...]”.

11 Decreto n. 9.578/2018: “Art. 18. A projeção das emissões nacionais de gases do efeito estufa para o ano de 2020, de que trata o parágrafo único do art. 12 da Lei n. 12.187, de 2009, será de 3.236 milhões tonCO₂eq, composta pelas projeções para os seguintes setores: I - mudança de uso da terra - 1.404 milhões de tonCO₂eq; II - energia - 868 milhões de tonCO₂eq; III - agropecuária - 730 milhões de tonCO₂eq; e IV - processos industriais e tratamento de resíduos - 234 milhões de tonCO₂. Art. 19. Para alcançar o compromisso nacional voluntário de que trata o art. 12 da Lei n. 12.187, de 2009, serão implementadas ações que almejem reduzir entre 1.168 milhões de tonCO₂eq e 1.259 milhões de tonCO₂eq do total das emissões estimadas no art. 18. § 1º Para cumprimento do disposto no caput, serão inicialmente consideradas as seguintes ações contidas nos planos a que se refere o art. 17: I - redução de oitenta por cento dos índices anuais de desmatamento na Amazônia Legal em relação à média verificada entre os anos de 1996 a 2005; II - redução de quarenta por cento dos índices anuais de desmatamento no Bioma Cerrado em relação à média verificada entre os anos de 1999 a 2008; III - expansão da oferta hidroelétrica, da oferta de fontes alternativas renováveis, notadamente centrais eólicas, pequenas centrais hidroelétricas e bioeletricidade, da oferta de biocombustíveis e do incremento da eficiência energética; IV - recuperação de 15 milhões de hectares de pastagens degradadas; V - ampliação do sistema de integração lavoura-pecuária-floresta em 4 milhões de hectares; VI - expansão da prática de plantio direto na palha em 8 milhões de hectares; VII - expansão da fixação biológica de nitrogênio em 5,5 milhões de hectares de áreas de cultivo, em substituição ao uso de fertilizantes nitrogenados; VIII - expansão do plantio de florestas em 3 milhões de hectares; IX - ampliação do uso de tecnologias para tratamento de 4,4 milhões de metros cúbicos de dejetos de animais; e X - incremento da utilização na siderurgia do carvão vegetal originário de florestas plantadas e melhoria na eficiência do processo de carbonização” (grifou-se).

entanto, tal dever vinha sendo manifestamente descumprido, com aumento e não redução das taxas de desmatamento.

Por outro lado, de acordo com o STF, a Constituição, nos termos da sua jurisprudência, confere caráter *supralegal* aos tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil faz parte, quando aprovados pelo processo legislativo ordinário (art. 5º, §§2º e 3º, CF)¹², de modo que status equivalente – supralegal – *deveria ser reconhecido aos tratados de direito ambiental*, dada sua íntima relação com a concretização de tais direitos humanos¹³. Nas palavras do STF: “Tratados sobre direito ambiental constituem espécie do gênero tratados de direitos humanos e desfrutam, por essa razão, de status supralegal”. Isso porque, como lembrado pelo representante da ONU presente à audiência pública promovida pela Corte: “Não existem direitos humanos em um planeta morto ou doente”¹⁴.

Trata-se de avanço promovido pelo STF cuja importância não deve ser minimizada: a decisão reconheceu o direito ao meio ambiente equilibrado como um direito humano autônomo, interrelacionado aos demais direitos fundamentais, e reforçou a sua proteção atribuindo status supralegal às normas de enfrentamento às mudanças climáticas. Normas com tal status não são modificáveis por lei ordinária posterior, mas, ao contrário, paralisam seus efeitos. Nesse sentido, *o precedente confere às normas ambientais e de proteção climática um duplo entrenchamento* – constitucional e internacional – semelhante àquele de que já desfrutam as normas internacionais sobre direitos humanos, o que dificulta o retrocesso na matéria¹⁵.

A decisão possui efeitos sistêmicos relevantes para o presente e para o futuro, sobretudo quando se consideram os relevantes serviços ambientais prestados pela Amazônia para a preservação do clima, e os compromissos já assumidos quanto à sua proteção. Mas não é só. O julgado alinha, ainda, a jurisprudência do STF às decisões de vanguarda no tema, tanto no direito internacional, quanto no direito comparado. Tais decisões se valem de argumentos e reflexões semelhantes àqueles invocados pelo Tribunal para reconhecer o direito humano autônomo à proteção do meio ambiente, sua

12 CF, art. 5º, § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Reconhece-se, todavia, status constitucional aos mesmos tratados, se aprovados por meio do procedimento das emendas constitucionais” (art. 5º, §3º, CF).

13 V. STF, 2008. Na decisão, o STF reconheceu, pela primeira vez, o status supralegal da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e esclareceu que a CADH, uma vez ratificada e internalizada, paralisa eventuais normas domésticas que a contrariam, a exemplo daquele objeto do recurso, que autorizava a prisão civil de depositário infiel em desacordo com o direito interamericano.

14 STF, 2021, p. 171, transcrição da audiência pública. Na mesma linha, sobre a universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos, v. CANÇADO TRINDADE, 2002, p. 633; e PIOVESAN, 2011, p. 206–226.

15 O duplo entrenchamento assegura uma proteção reforçada a tais direitos. Isso porque ainda que sejam objeto de retrocesso em âmbito doméstico, por meio de órgãos públicos capturados por interesses econômicos ou por regimes autoritários, o fato de as mesmas normas também integrarem o direito internacional e serem implementadas por cortes internacionais protegidas de ingerências políticas, submete tais direitos a um duplo controle, atraindo a atenção e a pressão da comunidade internacional pela sua implementação (GINSBURG, 2006).

interrelação com a realização de outros direitos de caráter indivisível, assim como o dever do Poder Público de enfrentar e mitigar as mudanças climáticas. Nessa medida, a decisão permite a abertura de um diálogo fundamental na questão mais relevante do nosso tempo: o combate transnacional às mudanças climáticas.

6. PRECEDENTES INTERNACIONAIS E COMPARADOS

6.1. Precedentes do Direito Internacional

Diversas decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH, Corte Europeia) reconheceram o direito humano ao meio ambiente saudável com base em sua correlação e indivisibilidade com os *direitos humanos à vida, à privacidade, à vida familiar e à propriedade*, previstos na Convenção Europeia de Direitos do Homem (Artigos 2º e 8º). Segundo argumentação da Corte Europeia, danos e riscos ambientais ligados a alterações climáticas podem ameaçar a vida das pessoas, comprometer a sua permanência junto às comunidades com as quais estabeleceram laços de cultura e afeto, removê-las de suas casas, afastar famílias, frustrar o acesso ao uso e à fruição de seus bens. Por essa razão, a proteção ao direito ao meio ambiente saudável constituiria condição essencial para o gozo dos demais direitos humanos¹⁶.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), inicialmente, por meio de sua competência consultiva, afirmou a existência do direito ao meio ambiente sadio como um direito autônomo, com base em interpretação evolutiva e sistemática dos tratados (como instrumentos vivos), no princípio *pro persona*, e no art. 26 da CADH, que contempla a progressividade na realização dos direitos econômicos, sociais, culturais (DESCA). Invocou, ainda, o art. 11 do Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos (Protocolo de San Salvador) e outras normas de tratados e de *soft law* em matéria de direito internacional¹⁷.

16 V. entre outros: CORTE EDH, Caso Öneriyıldız Vs. Turquia [GS], No. 48939/99. Sentença de 30 de novembro de 2004, pars. 71, 89, 90 e 118; CORTE EDH, Caso Budayeva e outros Vs. Rússia, No. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 e 15343/02. Sentença de 20 de março de 2008, pars. 128 a 130, 133 e 159; CORTE EDH, Caso M. Özel e outros Vs. Turquia, No. 14350/05, 15245/05 e 16051/05. Sentença de 17 de nov. de 2015, pars. 170, 171 e 200; Caso López Ostra Vs. Espanha, No. 16798/90. Sentença de 9 de dezembro de 1994, pars. 51, 55 e 58; CORTE EDH, Caso Guerra e outros Vs. Itália, No. 14967/89. Sentença de 19 de fevereiro de 1998, pars. 57, 58 e 60; CORTE EDH, Caso Hutton e outros Vs. Reino Unido, No. 36022/97. Sentença de 8 de julho de 2003, pars. 96, 98, 104, 118 e 129; CORTE EDH, Caso Taskin e outros Vs. Turquia, No. 46117/99. Sentença de 10 de novembro de 2004, pars. 113, 116, 117, 119 e 126; CORTE EDH, Caso Fadeyeva Vs. Rússia, No. 55723/00. Sentença de 9 de junho de 2005, pars. 68 a 70, 89, 92 e 134; CORTE EDH, Caso Roche Vs. Reino Unido, No. 32555/96. Sentença de 19 de outubro de 2005, pars. 159, 160 e 169; CORTE EDH, Caso Giacomelli Vs. Itália, No. 59909/00. Sentença de 2 de novembro de 2006, pars. 76 a 82, 97 e 98; CORTE EDH, Caso Tatar Vs. România, No. 67021/01. Sentença de 27 de janeiro de 2009, pars. 85 a 88, 97, 107, 113 e 125; CORTE EDH, Caso Dei Sarno e outros Vs. Itália, No. 30765/08. Sentença de 10 de janeiro de 2012, pars. 104 a 110 e 113; CORTE EDH, Caso Papastavrou e outros Vs. Grécia, No. 46372/99. Sentença de 10 de abril de 2003, pars. 33 e 36 a 39; CORTE EDH, Caso Öneriyıldız Vs. Turquia, No. 48939/99. Sentença de 30 de novembro de 2004, pars. 124 a 129, 134 a 136 e 138; CORTE EDH, Caso Turgut e outros Vs. Turquia, No. 1411/03. Sentença de 8 de julho de 2008, pars. 86 e 90 a 93.

17 CORTE IDH, OC 23/2017, 15 nov. 2017, par. 62.

Observou, ademais, que “um meio ambiente saudável é um direito fundamental para a existência da humanidade” e que sua proteção abrange todos os componentes do meio ambiente, não apenas por sua conexão e utilidade para o ser humano, mas também “por sua importância para os demais organismos vivos com quem se compartilha o planeta” – argumento que abre caminho à adoção de uma perspectiva ecocêntrica pela Corte¹⁸. Concluiu que os Estados têm o dever de “devida diligência” na tutela e implementação dos direitos à vida, à integridade pessoal e à saúde, o que implica seu dever de prevenir danos, regular, fiscalizar e recompor o meio ambiente degradado¹⁹. Posteriormente, a mesma Corte, em caso contencioso, reconheceu a justiciabilidade dos direitos humanos *ao meio ambiente saudável, à alimentação e à água potável*²⁰. Nesse sentido, ambas as decisões já se alinhavam quanto ao dever estatal de “devida diligência”.

Já Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos reconhece de forma expressa o *direito humano a um meio ambiente favorável ao desenvolvimento*. Com base nele, a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos proclamou o direito a um meio ambiente equilibrado como condição essencial para a qualidade de vida e a segurança das pessoas, bem como para a realização de direitos econômicos e sociais²¹.

Mais à frente, diante do consenso internacional sobre o assunto, o Conselho de Direitos Humanos e a Assembleia Geral de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) igualmente reconheceram formalmente o direito ao meio ambiente como “*um direito humano que é essencial para a fruição de outros direitos humanos*” (ONU, 2021; ONU, 2022b).

6.2. Precedentes do Direito Comparado

No âmbito do direito comparado, distintas cortes vêm reconhecendo o direito ao meio ambiente equilibrado e sua vinculação ao dever de enfrentamento às mudanças climáticas, tanto pelo Estado, quanto por empresas privadas. Tais cortes têm, ainda, considerado os compromissos internacionais climáticos assumidos por seus respectivos países para a interpretação das demais normas e para a delimitação do seu alcance. Nesse sentido, uma decisão paradigmática da Suprema Corte da Holanda, de 2019, reconheceu o dever do Estado Holandês de reduzir em 25% as emissões de

18 CORTE IDH, OC 23/2017, 15 nov. 2017, par. 62.

19 CORTE IDH, OC 23/2017, 15 nov. 2017, par. 142.

20 CORTE IDH, Comunidades Indígenas Membros da Associação Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina. Fundo, reparações e custas. 6 fev. 2020, par. 207.

21 Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (Carta de Banjul), Artigo 24: “Todos os povos têm direito a um meio ambiente geral satisfatório, propício ao seu desenvolvimento”. Na mesma linha, a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos indicou que o direito a um meio ambiente é condição essencial para a qualidade de vida e a segurança das pessoas, bem como para a realização de direitos econômicos e sociais. V.CADHP. Caso Centro de Ação pelos Direitos Sociais e Econômicos e Centro de Direitos Econômicos e Sociais Vs. Nigéria. Comunicação 155/96. Decisão de 27 de outubro de 2001, par. 51.

carbono do país até o ano de 2020 (consideradas as emissões do ano de 1990), com base nos direitos à vida, à privacidade e à vida familiar assegurados pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, e dada a gravidade dos riscos ensejados pelas mudanças climáticas²².

Na Alemanha, em 2021, o Tribunal Constitucional Federal declarou a inconstitucionalidade parcial da norma de proteção climática de 2019, que estabelecera uma redução de 55% das emissões de GEE até o ano de 2030 (com relação aos níveis de 1990). A Corte alemã entendeu que a redução já prevista e a inexistência de normas quanto às reduções a serem implementadas a partir de 2031 implicava uma oneração excessiva e desproporcional das futuras gerações nas reduções de GEEs, ensejando sua submissão a restrições muito mais severas para alcançar as metas climáticas, em prejuízo a seus direitos e liberdades fundamentais. A Corte reconheceu que a preservação de standards ambientais mínimos é essencial para a proteção de outros direitos fundamentais e que deve haver uma distribuição equitativa de ônus entre as distintas gerações²³.

Na França, ainda em 2021, em demanda proposta por um município costeiro especialmente exposto ao risco de inundações decorrentes das mudanças climáticas, o Conselho de Estado, última instância administrativa, reconheceu a insuficiência da atuação governamental e determinou ao Presidente da República que, até março de 2022, adotasse todas as medidas adicionais e necessárias a alcançar as metas climáticas com as quais o país havia se comprometido, inclusive a redução de 40% na emissão de gases de efeito estufa (GEEs), tendo por base os níveis de emissão de 1990. Embora a decisão tenha se baseado em normas francesas e europeias, o Acordo de Paris foi empregado na sua interpretação²⁴.

Em 2021 e com base no precedente holandês já referenciado, a Corte Distrital de Haia afirmou, ainda, o dever da Royal Dutch Shell PLC (RDS), empresa privada (holding), responsável pelas políticas climáticas implementadas pelo Grupo Shell, de reduzir em 45% as emissões de carbono geradas pelo grupo, até o ano de 2030 (tendo por base as emissões do ano de 2019), incluídas emissões indiretas produzidas pelos usuários finais de seus produtos. A decisão se firmou no art. 162 do Código Civil Holandês e no “standard de cuidado” nele implícito. Tal standard, segundo a decisão, se liga ao respeito aos direitos humanos previstos na Convenção Europeia. O alcance de tal dever foi interpretado, pela Corte Distrital, à luz dos Princípios Reitores de Empresas e Direitos Humanos das Nações Unidas, dos Princípios do Compacto Global das Nações Unidas e das Diretrizes para Empresas

22 HOLLANDA, Supreme Court of the Netherlands, Civil Division. *Urgenda Foundation V. State of the Netherlands*, 20 dez. 2019.

23 ALEMANHA, Tribunal Federal Constitucional, Primeiro Senado, 24 mar. 2021.

24 FRANÇA, Conseil d'Etat, *Commune de Grande-Synthe and Others V. France*, caso n. 427301, 1 jul. 2021.

Multinacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, todos, instrumentos não vinculantes de direito internacional, para determinar a conduta esperada da holding do grupo Shell em matéria ambiental. Nas palavras da Corte, tais normas de *soft law* estabelecem *standards de cuidado universalmente aceitos*, que devem ser empregados na interpretação do direito pelas cortes e exigidos do grupo empresarial.

Segundo a decisão, o Grupo Shell detém mais de 1100 companhias, opera em 160 países e possui emissão de carbono em patamares superiores a Estados inteiros, de modo que deveria assumir a sua parcela de *responsabilidade* pela defesa climática e pelo respeito aos direitos humanos. Tal responsabilidade não é passiva, mas impõe um dever de atuação ativo, proporcional à complexidade de sua operação e à severidade dos danos gerados, razão pela qual as expectativas da Corte Distrital com relação à atuação do grupo seriam consideráveis no ponto²⁵. Nota-se, assim, que os standards de devida diligência da ONU começam a ser implementados pelas cortes domésticas.

Na América Latina, diversos países contemplam o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado em suas Constituições de forma expressa²⁶. Além disso, suas cortes constitucionais e supremas estão começando a enfrentar o problema da emergência climática. Na Colômbia, destaca-se decisão da Corte Suprema de Justiça, de 2018, que invocou, a crise climática e o necessário compartilhamento dos recursos ambientais entre todos os seres, para afirmar o dever ético de solidariedade entre as espécies e de reconhecimento de valor intrínseco à natureza. Com base em tais ideias, defendeu, para fins de interpretação do direito, o abandono de um paradigma antropocêntrico, firmado nos interesses humanos, e a adoção de um referencial ecocêntrico, focado no valor da natureza e de todos os seus elementos para a preservação da vida. Ademais, com base na Constituição, no Acordo de Paris, nos direitos à vida e à saúde, *proclamou a Amazônia Colombiana como um “sujeito de direitos”* e determinou a formulação de planos de curto, médio e longo prazo para conter o desmatamento da floresta, incluindo um *“pacto intergeracional”* pela vida na Amazônia colombiana²⁷.

A decisão em exame, a seu turno, se construiu sobre precedente anterior, de 2016, da Corte Constitucional Colombiana, que, após defesa contundente de uma interpretação ecocêntrica da Constituição, declarou o Río Atrato, sua bacia e afluentes como sujeitos de direito à proteção, conservação

25 HOLANDA, Corte Distrital de Haia, Milieudefensie et al. V. Royal Dutch Shell PLC, maio 2021.

26 Constituição da Nação Argentina, art. 41; Constituição Política do Estado de Bolívia, art. 33; Constituição da República Federativa do Brasil, art. 225; Constituição Política da República de Chile, art. 19, nº8; Constituição Política da Colômbia, art. 79; Constituição Política de Costa Rica, art. 50; Constituição da República do Equador, art. 14; Constituição da República de El Salvador, art. 117; Constituição Política da República de Guatemala, art. 97; Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, art. 4; Constituição Política da Nicarágua, art. 60; Constituição Política da República do Panamá, arts. 118 e 119; Constituição Nacional da República do Paraguai, art. 7; Constituição Política do Peru, art. 2; Constituição da República Dominicana, arts. 66 e 67; e Constituição da República Bolivariana de Venezuela, art. 127.

27 COLÔMBIA, Corte Suprema de Justiça, Sala de Cassação Civil, STC 4360-2018, 4 abr. 2018.

e recuperação²⁸. Vale mencionar, ainda, decisão da mesma Corte que invocou os Princípios Regentes das Nações Unidas em Matéria de Direitos Humanos e Empresas para responsabilizar o Estado Colombiano, assim como empresa privada por ele contratada, por danos gerados à estrutura da casa de uma família pobre, em razão do trânsito de caminhões extremamente pesados nas suas imediações. A Corte concluiu que o Estado falhou em seu dever de fiscalização e a empresa em seu dever de “devida diligência”, na medida que não periciou ou facilitou a recomposição ao problema de estrutura da casa, tendo resistido a dialogar com aqueles atingidos por suas atividades²⁹.

Na Argentina, decisão de 2020, da Suprema Corte de Justiça, determinou a criação de um Comitê de Emergência Ambiental e a adoção de todas as medidas necessárias a conter as queimadas experimentadas regularmente em um conjunto de ilhas que se situam na costa da cidade de Rosário. A decisão se fundamentou na crise climática, na necessidade de mitigação dos seus efeitos, nos pertinentes instrumentos internacionais e no reconhecimento de que o dano ambiental afeta a fruição de outros direitos fundamentais³⁰.

Nota-se, assim, um alinhamento entre múltiplas cortes – internacionais e domésticas – no que se relaciona às interseções entre direito ambiental, mudanças climáticas e direitos humanos. Verifica-se, ainda, que as cortes têm sido progressivamente chamadas a interferir na discussão, diante de uma percepção de atuação insuficiente das instâncias representativas. Nesse sentido, ainda que o Judiciário não seja, por excelência, um órgão vocacionado à formulação de políticas públicas, tem se apresentado como um ator fundamental para desbloquear canais institucionais no tema e complementar a atuação dos demais Poderes, de modo a fazer avançar a agenda climática (DIDIER JR., ZANETTI, OLIVEIRA 2020; VAN DER BROOKE, 2020; SERAFIM, 2023).

Trata-se, ademais, de agenda que demanda profundas mudanças de paradigma quanto ao modo de produzir das empresas e enseja grandes perdas de receita em alguns setores, bem como alterações radicais de padrões de consumo. Quanto ao ponto, somos todos – agentes públicos e privados – simultaneamente vítimas e algozes das mudanças climáticas. Em alguma medida, nós as promovemos, ainda que involuntariamente, por meio da produção e/ou do consumo (não sustentáveis), e, ao mesmo tempo, sofremos com elas. Em diversas searas, não queremos, não nos acostumamos, mas precisamos mudar práticas. Em tal contexto, de resistências e de um necessário esforço conjunto e recíproco de todos os agentes que influenciam no tema, não há razão para o Judiciário ficar de

28 COLÔMBIA, Corte Constitucional, Sentencia T-622/16, 10 nov. 2016.

29 COLÔMBIA, Corte Constitucional, Sentencia T-732/2016, 19 dez. 2016.

30 ARGENTINA, Corte Suprema de Justiça, CSJ 468/2020, 11 ago. 2020.

fora – sobretudo em disciplina que impacta gravemente a concretização de direitos essenciais dos cidadãos, e quando a tarefa se mostra tão desafiadora para as instâncias majoritárias.

A melhor chance de alcançar um bom funcionamento dos diversos Poderes do Estado é por meio de diálogos institucionais, de um sistema legítimo de freios e contrapesos e observadas as capacidades institucionais e expertises de cada qual³¹. Tais Poderes devem se incentivar e limitar reciprocamente, em um arranjo construtivo que supere inércias e responda às necessidades climáticas. Na mesma linha, não há razão para que as organizações da sociedade civil, os movimentos sociais e os cidadãos fiquem de fora de tal processo. Trata-se do destino de todos nós e é preciso e válido acionar todos os recursos e agentes necessários a preservá-lo. A decisão proferida na ADPF 708 alinha-se a tal tendência. Além disso, estabeleceu um precedente relevante para o julgamento da ADPF 760 (Rel. Min. Cármen Lúcia), na qual se debate a implementação de política pública de combate ao desmatamento na Amazônia, bem como para outras causas que se apresentarão.

CONCLUSÃO

O Planeta segue se aquecendo. Os diversos Estados, agentes econômicos e sociais agem aquém do necessário para garantir um futuro climático seguro. Estamos atrasados e em risco. Somos simultaneamente vítimas e algozes de nosso próprio modo de produzir, viver e lidar com a natureza. Precisamos nos engajar e, também, nos vigiar. Em tais circunstâncias, a questão climática não pode e nem deve ser atribuída apenas aos representantes eleitos, em especial quando claramente se sujeitam a incentivos conflitantes – devem buscar investimentos e desenvolvimento, mas também contê-los conforme as circunstâncias. A crise climática diz respeito a todos os países, a todos os Poderes estatais, a todas as instituições, públicas e privadas, aos cidadãos – ao futuro de todos nós. Tais atores precisam atuar dialógica e concertadamente na construção de uma saída para o desafio climático.

É natural, portanto, que o Judiciário seja chamado a atuar no tema. Assim tem sido em diversas regiões e países do mundo, tal como demonstrado pelos precedentes internacionais e domésticos selecionados acima. As cortes têm um papel complementar e relevante na implementação das políticas

31 De acordo com a teoria dos diálogos institucionais, o conteúdo final do Direito é definido pela interação entre os três Poderes – Executivo, Legislativo ou Judiciário. Nenhum deles detém verdadeiramente a última palavra. Ainda que caiba ao STF manifestar-se por último em matéria constitucional, a discussão sempre pode ser renovada pelo Congresso Nacional e pelo Executivo, por meio da edição de emendas constitucionais superadoras das suas decisões, de leis e decretos que resistem a elas, havendo um amplo conjunto de mecanismos previstos na Constituição de 1988 para que cada poder exerça alguma influência e pressão sobre os demais e possa eventualmente mobilizá-lo para corrigir e ajustar entendimentos (BRANDÃO, 2015, p. 351-390).

públicas em matéria climática, no desbloqueio e no controle da atuação das instâncias políticas. Isso ocorre em virtude da indivisibilidade entre direitos humanos e meio e ambiente. É a própria sobrevivência humana que está em risco e, portanto, todos os recursos devem ser empregados na construção de alternativas. Em tal contexto, não surpreende que as cortes examinadas recorram a argumentos convergentes na matéria. De fato, a tendência é de que se estabeleça um diálogo entre elas no tema.

É o que se começa a verificar também no Brasil em matéria de crise climática. A De fato, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADPF 708 se alinha a tal tendência. Por um lado, reconhece o direito autônomo ao meio ambiente equilibrado. Por outro lado, afirma sua indivisibilidade e correlação para com a realização de todos os demais direitos fundamentais. Nessa medida, equipara os tratados de direito ambiental aos tratados sobre direitos humanos. Ao fazê-lo, lhes atribui uma proteção reforçada (duplo entrincheiramento) e firma um precedente relevante, que serve de apoio a novos avanços sobre o tema. Reconhece, ainda, ao Judiciário o papel desbloquear instâncias políticas e atuar dialogicamente com elas na busca por uma solução que importa à humanidade inteira.

REFERÊNCIAS

ABRAM, Nerilie J. et al. Early onset of industrial-era warming across the oceans and continents. *Nature*, n. 536, ago. 2016. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/nature19082>;

AMAZÔNIA 2030. Fatos da Amazônia 2021, mar. 2021. Disponível em: <https://amazonia2030.org.br/fatos-da-amazonia-2021/>. Acesso em: 30 ago. 2023;

BNDES. *Painel NDC* – Nossa contribuição para as metas de redução de emissões no Brasil (website), s. d., 18 ago. 2023. Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/desenvolvimento-sustentavel/resultados/emissoes-evitadas>. Acesso em: 30 ago. 2023;

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Como salvar a Amazônia: por que a floresta de pé vale mais do que derrubada. *Revista de Direito da Cidade*, v. 12, n. 2, 2020;

BARROSO, Luís Roberto. Revolução tecnológica, crise da democracia e mudança climática: limites do direito num mundo em transformação. *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, 2019;

BRANDÃO, Rodrigo. Mecanismo de Diálogos Constitucionais os EUA e no Brasil. In: SARMENTO, Daniel. *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 351-390.

BRASIL, *Decreto n. 2.652*, 1º jul. 1998, promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas.

BRASIL, *Decreto n. 5.445*, 12 maio 2005, promulga o Protocolo de Quioto.

BRASIL, *Lei n. 12.114*, 10 dez. 2009.

BRASIL, *Decreto no 9.073*, 05. jun. 2017, promulga o Acordo de Paris.

BRASIL Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania. *Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos*. Implementando os Parâmetros “Proteger, Respeitar e Reparar” das Nações Unidas, s.d.. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2019/outubro/Cartilha_versoimpresso.pdf. Acessos em: 30 ago. 2023.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria, Comércio e Serviços. *Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais*, 27 jan. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/camex/pcn/diretrizes-da-ocde-para-empresas-multinacionais>. Acesso em: 30 ago. 2023.

BOEKHOUT VON SOLIGEN, Tim. *Deforestation crimes and conflicts in the Amazon*. *Critical Criminology*, v. 18, n. 4, 2010.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *O direito internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CONNECTAS. *Empresas e Direitos Humanos: Parâmetros da ONU para Proteger, Respeitar e Reparar*. Conectas, mar. 2012.

DIDIER JR., Freddie; ZANETTI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael A. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 75, jan./mar. 2020, p. 104.

GINSBURG, Tom. *Locking in Democracy: Constitutions, Commitment and International Law*. Law and Economics Working Papers, University of Illinois College of Law, paper 55, 2006.

INPE. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. *Monitoramento do território: mudanças climáticas*, ago. 2023a. Disponível em: <http://www.inpe.br/faq/index.php?pai=9#:~:text=A%20partir%20do%20final%20do,clima%20est%C3%A1%20de%20fato%20mudando>. Acesso em: 30 ago. 2023.

INPE. PRODES - Projeto de Monitoramento do Desmatamento na Amazônia Legal por Satélite. *Monitoramento do desmatamento da Floresta Amazônica brasileira por satélite*. Coordenação-Geral de Observação da Terra INPE, ago. 2023b. Disponível em: <http://www.obt.inpe.br/OBT/assuntos/programas/amazonia/prodes>. Acesso em: 31 ago. 2023.

INPE. Taxas de Desmatamento - Amazônia Legal. *TerraBrasilis*, ago. 2023c. Disponível em: http://terrabrasilis.dpi.inpe.br/app/dashboard/deforestation/biomes/legal_amazon/rates. Acesso em :30 ago. 2023.

KALUNGA, Bernardo. Desmatamento na Amazônia é ideológico, diz economista Ricardo Abramovay. *TAB*, 2 jan. 2020. Disponível em: <<https://tab.uol.com.br/noticias/redacao/2020/01/02/desmatamento-na-amazonia-e-ideologico-diz-economista-ricardo-abramovay.htm>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

LOVEJOY, Thomas E.; NOBRE, Carlos. Amazon Tipping Point. *Science Advances*, 2018. Disponível em: <http://advances.sciencemag.org/content/4/2/eaat2340>. Acesso em: 10 maio 2020.

MAHAR, Dennis. Desenvolvimento econômico da Amazônia: *uma análise das políticas governamentais*. Rio de Janeiro: IPEA/INPES, 1978.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge. Povos indígenas e proteção da natureza: a caminho de um “giro hermenêutico”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 10, n. 3, dez. 2020.

MONEBHURRUN, Nitish. Mapping the Duties of Private Companies in International Investment Law. *Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 2, 2017.

MORLEY, Robert. *Origin and evolution of tropical rainforest*. Chichester: Wiley, 2000.

NASA. Scientific consensus: *Earth's climate is warming*. Global Climate Change (website), s.d. Disponível em: <<https://climate.nasa.gov/scientific-consensus/>>;

NASA. *What is the greenhouse effect?* Global Climate Change (website), s.d. Disponível em: <https://climate.nasa.gov/faq/19/what-is-the-greenhouse-effect/>. Acesso em: 30 ago. 2023.

NOBRE, Carlos et al. *Land-use and climate change risks in the Amazon and the need of a novel sustainable development paradigm*. PNAS, v. 113, n. 39, 2016.

ONU. *The Ten Principles of the UN Global Compact*. jun. 2004. Disponível em: <https://unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>. Acesso em: 04 set. 2023.

ONU. *Conselho de Direitos Humanos*. A/HRC/RES/17/4, 6 jul. 2011.

ONU. *The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: An Interpretive Guide*, 2012. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/publications/hr.puB.12.2_en.pdf. Acesso em: 30 ago. 2023.

ONU. Summary of the report of the Working Group on Business and Human Rights to the General Assembly (A/73/163). *Corporate human rights due diligence: emerging practices, challenges and ways forward*, 2018. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/a73163-report-working-group-issue-human-rights-and-transnational>>. Acesso em: 30 ago. 2023.

ONU. United Nation Sustainable Development Group – UNSDG. *Common Approach to Prospect Research and Due Diligence for Business Sector Partnerships*. 2019. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---integration/documents/genericdocument/wcms_726770.pdf. Acesso em: 30 ago. 2023.

ONU. *Conselho de Direitos Humanos*, Resolução A/HRC/RES/48/13 de 18 out. 2021.

ONU. *Intergovernmental Panel for Climate Change – IPCC (Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas)*. Sixth Assessment Report, Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability, the Working Group II contribution, 27 fev. 2022a. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/report/sixth-assessment-report-working-group-ii/>. Acesso em: 30 ago. 2023.

ONU. *Assembleia Geral*, Resolução A/76/L.75 de 26 jul. 2022b.

ONU. *Intergovernmental Panel for Climate Change – IPCC*. Synthesis Report of the Sixth Assessment Report: A Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. 2023. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/ar6-syr/>. Acesso em: 29 ago. 2023.

OCDE. *Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct*, 2018. Disponível em: <http://mneguidelines.oecd.org/OECD-Due-Diligence-Guidance-for-Responsible-Business-Conduct.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2023.

PIOVESAN, F. Proteção dos direitos sociais: desafios do ius commune sul-americano. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 3, n. 2, 31 dez. 2011.

ROOSEVELT, A.C. et al. *Paleoindian cave dwellers in the Amazon: the peopling of the Americas*. *Science*, v. 272 n. 5260, 1996.

SALLES, João Moreira; ESTEVES, Bernardo. O mundo sem a Amazônia. *Revista Piauí*, 17 out. 2019.

SENADO FEDERAL. *Avaliação da Política Nacional Sobre Mudança do Clima. Comissão de Meio Ambiente do Senado Federal*. Dezembro 2019, p. 35. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/be24ff00-0608-4f8b-9d57-804c33097882#:~:text=Accessado%20em%2028%2F11%2F2019.&text=O%20grande%20m%C3%A9rito%20alcan%20ado%20pela,cultura%20e%20ind%C3%BAstria%2C%20entre%20outros>. Acesso em: 30 ago. 2023.

SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. *Processo estrutural democrático: participação, publicidade e justificação*. Tese apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito. Rio de Janeiro, 2023.

SMITH, Sprit. *Human activities are drying out the Amazon: NASA study*. NASA Global Climate Change (website), 5 nov. 2019. Disponível em: <https://climate.nasa.gov/news/2928/human-activities-are-drying-out-the-amazon-nasa-study/>. Acesso em: 30 ago. 2023;

STABILE, Marcelo C.C. et al. Solving Brazil's land use puzzle: Increasing production and slowing Amazon deforestation. *Land Use Policy*, v. 91, 2020. Disponível em: <http://doi.org/10.1016/j.landusepol.2019.104362>. Acesso em: 30 ago. 2023.

VAN DER BROOCCKE, Bianca M. Schneider. *Estado de Coisas Inconstitucional e "Managerial Judging"*: Gestão Judicial Ativa e Dialógica nos Litígios Estruturais. Tese apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutora em Direito. Curitiba, 2020.

DECISÕES

ALEMANHA, *Tribunal Federal Constitucional*, Primeiro Senado, 24 mar. 2021.

ARGENTINA, *Corte Suprema de Justiça*, CSJ 468/2020, 11 ago. 2020.

COLÔMBIA, *Corte Constitucional*, Sentencia T-622/16, 10 nov. 2016.

COLÔMBIA, *Corte Constitucional*, Sentencia T-732/2016, 19 dez. 2016.

COLÔMBIA, *Corte Suprema de Justiça*, Sala de Cassação Civil, STC 4360-2018, 4 abr. 2018.

CADHP. Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos. *Caso Centro de Ação pelos Direitos Sociais e Econômicos e Centro de Direitos Econômicos e Sociais Vs. Nigéria*. Comunicação 155/96. Decisão de 27 de outubro de 2001.

CORTE EDH, *Caso López Ostra Vs. Espanha*, No. 16798/90. Sentença de 9 de dezembro de 1994.

CORTE EDH, *Caso Guerra e outros Vs. Itália*, No. 14967/89. Sentença de 19 de fevereiro de 1998.

CORTE EDH, *Caso Papastavrou e outros Vs. Grécia*, No. 46372/99. Sentença de 10 de abril de 2003.

CORTE EDH, *Caso Hatton e outros Vs. Reino Unido*, No. 36022/97. Sentença de 8 de julho de 2003.

CORTE EDH, *Caso Taskin e outros Vs. Turquia*, No. 46117/99. Sentença de 10 de novembro de 2004.

CORTE EDH, *Caso Öneriyildiz Vs. Turquia [GS]*, No. 48939/99. Sentença de 30 de novembro de 2004.

CORTE EDH, *Caso Fadeyeva Vs. Rússia*, No. 55723/00. Sentença de 9 de junho de 2005.

CORTE EDH, *Caso Roche Vs. Reino Unido*, No. 32555/96. Sentença de 19 de outubro de 2005.

CORTE EDH, *Caso Giacomelli Vs. Itália*, No. 59909/00. Sentença de 2 de novembro de 2006.

CORTE EDH, *Caso Budayeva e outros Vs. Rússia*, No. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 e 15343/02. Sentença de 20 de março de 2008.

CORTE EDH, *Caso Turgut e outros Vs. Turquia*, No. 1411/03. Sentença de 8 de julho de 2008.

CORTE EDH, *Caso Táatar Vs. România*, No. 67021/01. Sentença de 27 de janeiro de 2009.

CORTE EDH, *Caso Dei Sarno e outros Vs. Itália*, No. 30765/08. Sentença de 10 de janeiro de 2012.

CORTE EDH, *Caso M. Özgel e outros Vs. Turquia*, No. 14350/05, 15245/05 e 16051/05. Sentença de 17 de nov. de 2015.

CORTE IDH, *OC 23/2017*, 15 nov. 2017.

CORTE IDH, *Comunidades Indígenas Membros da Associação Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Fundo, reparações e custas. 6 fev. 2020.

FRANÇA, *Conseil d'Etat, Commune de Grande-Synthe and Others V. France*, caso n. 427301, 1 jul. 2021.

HOLANDA, Supreme Court of the Netherlands, Civil Division. *Urgenda Foundation V. State of the Netherlands*, 20 dez. 2019.

HOLANDA, *Corte Distrital de Haia*, Milieudefensie et al. V. Royal Dutch Shell PLC, maio 2021.

STF, Pleno, *RE 466.343*, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 03 dez. 2008.

STF, Pleno, *ADPF 708*, Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Audiência Pública (transcrição), Doc. 147, Pet. 29278/2021, p. 171.

STF, Pleno, *ADPF 708*, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 04.07.2022.

Recebido em: 30/08/2023
Aprovado em: 23/10/2023

DOSSIÊ

A CRÍTICA ILUSIONISTA: UMA DEFESA DE ‘A RAZÃO SEM VOTO’

*THE ILUSIONIST CRITIQUE: A DEFENSE OF
‘REASON WITHOUT VOTE’*

Pedro Rubim Borges Fortes¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. Em Defesa da Vanguarda Iluminista: A Construção Doutrinária de Luís Roberto Barroso. 2. A Ilusão das Críticas: A Política, O Critério e O Ônus. 2.1. Um Erro de Alvo: A Ausência de Defesa da Infallibilidade do Tribunal. 2.2. A Escolha da Régua: Como o Criterialismo Esvazia a Defesa do Positivismo Formalista e Textualista . 2.3. O Ônus da

¹ Professor Adjunto de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Cândido Mendes (UCAM). Doutor em Direito pela Universidade de Oxford, J.S.M. pela Universidade de Stanford, LL.M. pela Universidade de Harvard, Pós-graduado em Meio-Ambiente (M.B.E) pela COPPE-UFRJ, Graduado em Administração pela PUC-RJ e Graduado em Direito pela UFRJ. Promotor de Justiça Titular no Rio de Janeiro e ex-Procurador do Banco Central do Brasil.

Crítica Construtiva: A Apresentação de Alternativas Institucionais. Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente artigo defende a construção doutrinária do Professor Luís Roberto Barroso relativa aos papéis exercidos pelos Tribunais Constitucionais nas sociedades contemporâneas formulados em “A Razão Sem Voto”. São apresentadas de modo sucinto e resumido as opiniões de três críticos. Em primeiro lugar, a crítica formulada por Diego Werneck Arguelhes comete um erro de análise e de diagnóstico, confundindo em última instância os conceitos de legitimação política com a legitimação moral. Em segundo lugar, a crítica formulada por Fernando Leal é marcada uma defesa da dogmática jurídica, mas padece dos defeitos decorrentes do criterialismo. Em terceiro lugar, as críticas formuladas por Conrado Hübner Mendes não cumprem com o ônus de formular alternativas institucionais para sanar os supostos problemas apresentados. Além disso, existe uma tendência ao perfeccionismo na formulação de todas as críticas, o que justifica a ideia de que são as críticas que são ilusionistas ao comparar uma realidade concreta imperfeita com uma visão idealizada perfeita de como a realidade poderia e deveria ser. As críticas formuladas com base nessa perspectiva perfeccionista devem ser consideradas ilusionistas. Minha contribuição para a celebração dos dez anos de exercício de jurisdição constitucional do Ministro Luís Roberto Barroso consiste na apresentação de uma defesa de sua construção doutrinária sobre os papéis do Tribunal Constitucional e uma crítica das críticas ilusionistas formuladas contra “A Razão Sem Voto”.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição Constitucional; Poder Judiciário; Luís Roberto Barroso; Papel Representativo. Contramajoritário. Iluminista. Interpretativismo. Razão.

ABSTRACT: This article defends the doctrinal construction of Professor Luís Roberto Barroso related to the roles played by constitutional courts in contemporary societies formulated in ‘Reason Without Vote’. Opinions of three critics are briefly presented and summarized. First, the criticism formulated by Diego Werneck Arguelhes makes an error of analysis and diagnosis by ultimately conflating concepts of political legitimacy with moral legitimacy. Second, the criticism formulated by Fernando Leal is marked by a by a defense of legal dogmatics and suffers from criterialism. Third, the criticisms made by Conrado Hübner Mendes do not fulfill the burden of formulating institutional alternatives to solve the supposed

problems presented. Moreover, all three criticisms suffer from perfectionism by comparing an imperfect concrete reality with a perfect idealized view of how this reality could and should be. Criticisms based on this perfectionist perspective must be considered illusionists. My contribution to the celebration of Justice Luís Roberto Barroso's ten years of exercise of constitutional jurisdiction consists of presenting a defense of his doctrinal construction on the roles of the constitutional court and a critique of the illusionist critique made against "Reason Without Vote".

KEYWORDS: Judicial Review. Judiciary. Luís Roberto Barroso; Representation. Counter-majoritarian. Illuminist. Interpretivism. Reason.

INTRODUÇÃO

No ano de 2018, quando o Professor Luís Roberto Barroso completaria cinco anos de exercício de jurisdição como Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), o articulista Conrado Hübner Mendes elaborou uma virulenta crítica ao STF, referindo-se ao tribunal como sendo um agente da 'vanguarda ilusionista' em sua coluna publicada no Jornal 'A Folha de São Paulo' de 28 de janeiro (MENDES, 2018). Já na introdução do texto, seu autor critica uma série de decisões e episódios relativos ao STF, afirmando que sua atuação equivaleria a um "folhetim político" e que o tribunal estaria abdicando de seu papel constitucional e atacando o projeto de democracia (MENDES, 2018). O principal argumento do seu texto foi uma crítica frontal à tese do Professor Luís Roberto Barroso de que os Tribunais Constitucionais poderiam exercer o papel de vanguarda iluminista (MENDES, 2018). Conrado Hübner Mendes afirma que tal construção teórica seria o ápice da automistificação do STF, mas que a realidade se revelaria diferente: ao invés de árbitro, o tribunal seria um partícipe da crise política; ao invés de um poder moderador, seria um poder tensionador, que multiplica incertezas e acirra conflitos; ao invés de apagar incêndios, faz-se incendiário (MENDES, 2018). Para ele, as características do ilusionismo seriam formadas pelo seu procedimento decisório e pela sua retórica argumentativa, indicando supostas patologias relativas ao poder individual de seus membros e a um suposto uso arbitrário do tempo decisório (MENDES, 2018). Conrado Hübner Mendes também atribui ao STF responsabilidade por uma suposta insegurança jurídica decorrente de uma falta de previsibilidade decisória e considera que a postura de seus membros teria causado uma perda de credibilidade do Tribunal (MENDES, 2018).

O presente artigo critica essa crítica à construção doutrinária do Professor Luís Roberto Barroso, defendendo sua reflexão teórica sobre o potencial papel do Tribunal Constitucional como um agente de promoção

da vanguarda iluminista (BARROSO, 2017). Nesse sentido, as críticas formuladas por Conrado Hübner Mendes é que são ilusionistas, como será explicado ao longo do presente artigo. Além disso, o presente artigo também defende a tese da vanguarda iluminista diante das críticas de que tal construção doutrinária equivaleria a defender que o Supremo não erra (ARGUELHES, 2017). Finalmente, o presente artigo também defende a posição do Professor Luís Roberto Barroso diante da crítica de que tal construção doutrinária poderia não respeitar os critérios de legitimação das decisões judiciais decorrentes do respeito à dogmática, à forma e à razão (LEAL, 2017; LEAL, 2018). O presente trabalho é original, na medida em que irá acrescentar novos elementos para um importante debate em que tais pontos ainda não foram utilizados para a análise dessa questão na academia jurídica brasileira. O presente trabalho é relevante não somente para contribuir com o *festschrift* comemorativo dos dez anos do Ministro Luís Roberto Barroso no STF, mas também pela contribuição para a defesa do seu papel como intelectual público, renomado acadêmico e referência de magistrado constitucional entre nós.

O presente artigo será organizado da seguinte maneira. Além dessa introdução, uma seção apresentará uma síntese da tese do Professor Luís Roberto Barroso sobre o papel dos Tribunais Constitucionais como um potencial agente de vanguarda iluminista. Em seguida, numa outra seção, as três críticas formuladas respectivamente por Diego Werneck Arguelhes, Fernando Leal e Conrado Hübner Mendes serão apresentadas de forma resumida, com uma análise crítica da própria crítica e uma defesa da tese do Professor Luís Roberto Barroso. Finalmente, o presente artigo se encerra com as considerações finais.

1. EM DEFESA DA VANGUARDA ILUMINISTA: A CONSTRUÇÃO DOCTRINÁRIA DE LUÍS ROBERTO BARROSO

A construção doutrinária do Professor Luís Roberto Barroso é muito bem sintetizada por Oscar Vilhena Vieira nos seguintes termos: além do exercício de sua clássica função contramajoritária inerente ao controle de constitucionalidade das leis, o STF teria passado a exercer uma função representativa e um papel de vanguarda iluminista (VIEIRA, 2017). O próprio Oscar Vilhena Vieira vinha problematizando a tendência de ampliação das competências do STF, a criação de novos instrumentos processuais e a legitimação do acesso de novos atores ao afirmar o protagonismo do Supremo na arena político institucional brasileira através da denominação de ‘supremocracia’ (VIEIRA, 2008). Particularmente no caso do texto de ‘A Razão Sem Voto’, destaca-se a disposição de Luís Roberto Barroso de apresentar uma tese inovadora que se contrapôs aos cânones da

teoria constitucional e a debater de forma aberta e analítica sua visão sobre as operações teóricas, políticas e morais que embasam as decisões do STF atualmente (VIEIRA, 2017). De fato, não é tão comum na academia brasileira que alguém com sua autoridade intelectual como acadêmico e como Ministro do STF esteja disposto a submeter suas ideias ao escrutínio estrito, abrindo a oportunidade para um diálogo sincero, firme e construtivo, inclusive com a formulação de críticas frontais ao argumento principal do texto (VIEIRA, 2017). Merece, assim, todo o aplauso a iniciativa do Professor Luís Roberto Barroso de convidar a comunidade acadêmica para um estimulante diálogo sobre o papel constitucional do Poder Judiciário, especialmente do STF (VIEIRA, 2017).

Em ‘A Razão Sem Voto’, Luís Roberto Barroso relembra a antiga polarização dos seus tempos de estudante entre o pensamento constitucional tradicional, puramente descritivo das instituições e incapaz de reação contra o autoritarismo, e a teoria crítica do direito, que enfatizava o seu caráter ideológico voltado para a dominação política (BARROSO, 2017). Foi justamente nesse contexto que ele pretendeu construir um direito constitucional democrático e buscou desenvolver a efetividade da constituição e de suas normas (BARROSO, 2017). Para ele, o modelo atual seria o neoconstitucionalismo, tendo o pós-positivismo como marco filosófico, o advento da Constituição de 1988 como marco histórico e a força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional como marcos teóricos (BARROSO, 2017).

Com relação à indeterminação do direito e à discricionariedade judicial, Luís Roberto Barroso considera o constitucionalismo democrático como sendo a ideologia vitoriosa do século XX e atribui ao advento de uma cultura jurídica pós-positivista um fator de transformação do direito nas últimas décadas (BARROSO, 2017). Na sua visão, a doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática, pretendendo apresentar uma leitura moral da constituição e das leis através de uma reaproximação entre o direito e a ética (BARROSO, 2017). Referindo-se ao conceito de constituição compromissória adotado por Carl Schmitt para se referir à experiência constitucional da Alemanha durante a república de Weimar, as fronteiras entre direito e política e entre legislação e jurisdição se tornam menos definidas e o juiz emerge mais claramente como um coparticipante da criação do direito (BARROSO, 2017; SCHMITT, 2008). Nesse cenário, a legitimação da decisão passa para a argumentação jurídica, a capacidade de demonstrar sua racionalidade, sua justiça e sua adequação constitucional para o *auditório*, que deve ser convencido de que aquela é a decisão correta e justa (BARROSO, 2017).

Ao se posicionar nos grandes debates da teoria de direito, Luís Roberto Barroso refuta a ideia de Herbert Hart de que a construção argumentativa decorre de discricionariedade judicial para se aproximar mais de uma posição não-positivista, mais próxima da leitura moral da constituição proposta por Ronald Dworkin, com a ressalva de que se afasta da tese de que existiria uma única resposta correta para salientar que mais importante é verificar a força externa da autoridade que tem o poder de proclamar a resposta e afirmar a sua correção (BARROSO, 2017; HART, 2012; DWORKIN, 1977). Nesse contexto, o intérprete constitucional deve buscar a solução correta, justa e constitucionalmente adequada e observar seus deveres de integridade e de coerência, adotando os conceitos aplicáveis do sistema jurídico, os precedentes judiciais e as premissas decorrentes de suas próprias decisões anteriores (BARROSO, 2017).

Na caracterização do exercício da jurisdição constitucional, Luís Roberto Barroso inicia sua análise pelo papel contramajoritário do STF com fundamento na proteção dos direitos fundamentais e na proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos, ecoando a tese Dworkiniana sobre igual respeito e consideração, bem como sobre o tribunal constitucional ser um fórum de princípios e de razão pública (BARROSO, 2017; DWORKIN, 1977). Seu posicionamento é de que o papel contramajoritário da jurisdição constitucional se justifica pela sua legitimidade democrática e inexistente uma superposição plena entre o conceito de democracia e o princípio majoritário (BARROSO, 2017). Além disso, diante de um cenário contemporâneo de crise de representação política, o próprio Poder Judiciário poderia exercer um papel representativo, estando esse efeito democratizador respaldado pela sua independência política, dever de apresentar razões e pela sua legitimação discursiva (BARROSO, 2017). O STF poderia ocupar uma posição de representante argumentativo da sociedade, reconciliando a jurisdição constitucional com a democracia como uma espécie de exercício de representação popular (BARROSO, 2017). Além desse papel representativo, ocasionalmente a corte constitucional poderia exercer o papel iluminista, que seria o “de empurrar a história quando ela emperra”, um poder a ser aplicado em circunstâncias excepcionais e com prudência devido aos riscos para o próprio desenvolvimento da democracia (BARROSO, 2017).

Apesar de todo o cuidado na formulação de sua construção doutrinária e do alerta de que o papel iluminista deve ser exercido com parcimônia, existe uma série de exemplos históricos que evidenciam que se trata de um papel imprescindível para as comunidades políticas contemporâneas, tais como o encerramento da segregação racial nos Estados Unidos, a abolição da pena de morte na África do Sul, a criminalização da negação do holocausto na Alemanha e a proibição da tortura em Israel (BARROSO, 2017). O detalhamento de todos os casos apresentados no direito comparado

e no próprio contexto da constituição brasileira estão além dos limites do presente trabalho, na medida em que o objetivo principal é analisar sua fundamentação teórica e explicar a fragilidade das críticas formuladas por Diego Werneck Arguelles, Fernando Leal e Conrado Hübner Mendes, o que será feito na próxima seção.

Contudo, antes de passar a análise dos seus críticos, é importante ressaltar a ênfase dada por Luís Roberto Barroso à doutrina do diálogo constitucional ou do diálogo institucional, com ênfase na possibilidade de o parlamento adotar uma emenda constitucional que leve à superação de uma interpretação constitucional dada pela corte constitucional, de a própria corte constitucional devolver a matéria ao poder legislativo, ou elaborar um apelo ao legislador (BARROSO, 2017). Essas circunstâncias indicam que o modelo atual não seria de supremacia judicial, na medida em que o STF é o intérprete final, mas não é o dono da Constituição, de modo que “o sentido e o alcance das normas constitucionais são fixados em interação com a sociedade, com os outros poderes e com as instituições em geral” (BARROSO, 2017).

2. A ILUSÃO DAS CRÍTICAS: A POLÍTICA, O CRITÉRIO E O ÔNUS.

A presente seção irá apresentar de modo sucinto e resumido as opiniões de três críticos da construção doutrinária de Luís Roberto Barroso e minha explicação de que não seria a tese da vanguarda iluminista que seria ilusionista, mas sim as próprias críticas que são ilusionistas. Em primeiro lugar, a crítica formulada por Diego Werneck Arguelles comete um erro de análise e de diagnóstico, confundindo em última instância os conceitos de legitimação política com a legitimação moral. Em segundo lugar, a crítica formulada por Fernando Leal é marcada uma defesa da dogmática jurídica, mas padece dos defeitos decorrentes do criterialismo. Em terceiro lugar, as críticas formuladas por Conrado Hübner Mendes não cumprem com o ônus de formular alternativas institucionais para sanar os supostos problemas apresentados. Além disso, existe uma tendência ao perfeccionismo na formulação de todas as críticas, o que justifica a ideia de que são as críticas que são ilusionistas ao comparar uma realidade concreta imperfeita com uma visão idealizada perfeita de como a realidade poderia e deveria ser.

É importante salientar que Luís Roberto Barroso elaborou um posfácio em que poderia ter realizado a crítica dos críticos, mas decidiu simplesmente agradecer pela iniciativa da publicação do livro e postergou a realização de tal empreitada para eventualmente “em algum lugar do futuro”, pretendendo dar ao leitor a liberdade de avaliar de modo dialético as diferentes visões, abdicando da prerrogativa de dar uma última palavra

e de fornecer uma resposta individualizada a todos os questionamentos. (BARROSO, 2017-A). Portanto, o presente artigo colabora para os termos desse debate, analisando com detalhamento os termos das críticas formuladas e indicando alguns problemas das críticas que não foram apontados naquele posfácio, mas que eventualmente podem vir a ser considerados no futuro na defesa de sua construção doutrinária.

2.1. Um Erro de Alvo: A Ausência de Defesa da Infallibilidade do Tribunal

A crítica formulada por Diego Werneck Arguelhes em seu texto intitulado “O Supremo Que Não Erra” apresenta um nítido equívoco na análise da construção teórica de Luís Roberto Barroso e, devido à confusão conceitual da distinção entre legitimação política e legitimação moral, afirma que teria ocorrido uma defesa da infalibilidade do STF que não se verifica em “A Razão Sem Voto”. Diego Werneck Arguelhes afirma que no arranjo teórico de Luís Roberto Barroso a legitimação do STF seria sobredeterminada, o que causaria dois tipos de problemas: em primeiro lugar, incompatibilidades entre as justificativas adotadas para as diferentes formas de atuação do STF; em segundo lugar, certas justificativas estariam em uma posição de tensão com expectativas normativas decorrentes do desenho institucional do tribunal, “cujas decisões são tomadas de forma independente da política” (ARGUELHES, 2017). Para o Professor do INSPER, não seria possível que uma instituição desenhada para decidir sem a pressão popular possa se legitimar por ter aderido à opinião pública, que, em sua visão, seria “fazer o contrário do comportamento que se espera promover com a criação de instituições independentes em uma democracia” (ARGUELHES, 2017).

Diego Werneck Arguelhes considera que o desenho institucional indica as expectativas relativas ao papel que a instituição deve cumprir e que esse papel pode ser múltiplo, mas não poderia ser “tão ampliado a ponto de englobar qualquer tarefa possível” (ARGUELHES, 2017). Na sua visão, uma instituição não poderia ser desenhada de modo a simultaneamente se legitimar por ignorar o clamor popular e por atendê-lo (ARGUELHES, 2017). Nesse sentido, sua crítica à construção doutrinária de Luís Roberto Barroso seria a de que o STF pode acertar “tanto quando é contramajoritário como quando é majoritário”, eis que estaria protegendo direitos fundamentais ao ser contramajoritário e estaria fazendo prevalecer a vontade popular ao ser majoritário (ARGUELHES, 2017). Diego Werneck Arguelhes aprofunda a crítica, salientando que a construção doutrinária de Luís Roberto Barroso teria um problema conceitual, na medida que não permitiria uma análise de certas propriedades da atuação do STF, de modo que nos deixaria sem parâmetros para avaliar se uma determinada decisão seria boa ou ruim

(ARGUELHES, 2017). Tampouco seria possível identificar eventuais erros e excessos de um magistrado constitucional (ARGUELHES, 2017).

O fundamento político para a crítica formulada por Diego Werneck Arguelhes está nos debates federalistas, que serviram como reflexões sobre o projeto da Constituição dos Estados Unidos por ocasião da sua aprovação, sendo que os antifederalistas se preocupavam com a ausência de limites para se evitar excessos e abusos por parte do Poder Judiciário, cujos membros não podem ser responsabilizados politicamente (ARGUELHES, 2017). A defesa federalista foi no sentido de que o Poder Judiciário seria o órgão menos perigoso e que os magistrados constitucionais somente poderiam declarar a inconstitucionalidade de leis que manifestamente contrariassem o texto constitucional, apostando que suas decisões não seriam fundamentadas em concepções abstratas decorrentes do espírito constitucional (ARGUELHES, 2017). O Professor do INSPER extrai desse debate a conclusão de que os magistrados constitucionais possuem garantias de independência judicial para aplicar a Constituição “sem precisar se preocupar com pressões das partes, do governo ou da própria opinião pública” (ARGUELHES, 2017). Por outro lado, esses mesmos mecanismos institucionais que garantem a independência judicial e protegem os magistrados das pressões poderiam levar esses magistrados a decidirem também independente da própria constituição, se assim desejarem (ARGUELHES, 2017). Em sua visão, existiria um risco permanente decorrente da necessidade e do perigo da independência judicial, mas não “existe solução perfeita ou definitiva” (ARGUELHES, 2017).

Diego Werneck Arguelhes apresenta sua leitura de que a ‘dificuldade contramajoritária’ seria “um desafio prático permanente”, devendo a tensão ser aceita como insolúvel e, ainda assim, a atuação do STF será vista como justificada em certas condições e como não justificada em outras condições (ARGUELHES, 2017). Portanto, o problema não seria eliminar a ‘dificuldade contramajoritária’, mas sim de saber quais são as condições em que é justificada a atuação judicial contra decisões políticas majoritárias (ARGUELHES, 2017). A sua conclusão é de que numa democracia certas questões “não deveriam ser resolvidas em última instância por um grupo de sábios não eleitos e que permanecem no cargo por décadas, sem qualquer tipo de *accountability* política” (ARGUELHES, 2017). O Professor do INSPER não defende o fim do controle de constitucionalidade, mas que sejam discutidas as condições nas quais “o uso desse poder é justificado” (ARGUELHES, 2017).

Apesar de “O Supremo que não erra” ser um texto extremamente bem escrito, Diego Werneck Arguelhes comete um erro de análise e de diagnóstico, confundindo em última instância os conceitos de legitimação política com a legitimação moral. É que, em nenhum momento, o Professor Luís Roberto Barroso afirmou que o STF jamais erraria. Aliás, sua estratégia de discussão dos papéis do STF passou inclusive por uma clara alteração dos

termos do debate, buscando se afastar da discussão sobre a correção moral de sua atuação (legitimação moral) para o plano da aquiescência política da sua atuação (legitimação política). Apesar de adotar uma posição interpretativista próxima da leitura moral Dworkiniana, Luís Roberto Barroso ressaltou no texto que seu debate seria formulado não com relação à busca da resposta certa, mas com relação à força externa da autoridade no exercício do poder (BARROSO, 2017; HART, 2012; DWORKIN, 1977).

Nesse sentido, existe um erro na crítica formulada por Diego Werneck Arguelhes ao examinar o texto pela perspectiva da legitimação moral ao invés da perspectiva da legitimação política da atuação do STF. Ao fundir as duas esferas distintas de legitimação, sugere que existiria uma tendência maior à correção no exercício da jurisdição constitucional pelo STF nos casos em que o poder for exercido de forma contramajoritária do que nos casos em que ele for exercido de forma majoritária. Os planos de legitimação política e moral são, contudo, distintos, de modo que o STF pode proferir decisões moralmente certas que sejam politicamente majoritárias e decisões moralmente incorretas que sejam politicamente contramajoritárias. Aliás, o próprio Luís Roberto Barroso indica sucintamente no posfácio que o STF poderá cometer erros tanto quando se posiciona contramajoritariamente, quanto nos casos em que exerce o papel representativo. Importante, a adesão à tese Dworkiniana da leitura moral da constituição e do dever de integridade dos juízes foi feita por Luís Roberto Barroso com a modéstia de ressaltar que os magistrados devem buscar a resposta certa, o que, implicitamente, importa também a admissão de que nem sempre tal resposta será alcançada.

Além disso, como Luís Roberto Barroso deslocou os termos do seu debate sobre os papéis do STF do campo da moral para o campo da política, a legitimação deveria ter sido analisada não mais a partir das dimensões de atuação que seja moralmente certa ou errada, mas de atuação que seja politicamente aceita ou resistida. É que a dificuldade contramajoritária deve ser discutida no terreno do primado da política, isto é, com análise das dinâmicas de poder entre os atores políticos relevantes com relação à atuação do Poder Judiciário, especialmente se existirá aquiescência ou resistência política (HUME, 1875; TEIXEIRA, 1991). Ao apresentar em “A Razão Sem Voto” a categoria de papel ‘representativo’, o Professor Luís Roberto Barroso está contribuindo com os termos do debate sobre legitimação política, ao explicar que significativa parcela das decisões do STF são de caráter majoritário e estão alinhadas com a opinião pública e com as expectativas da maioria dos membros da sociedade política.

Por sua vez, a categoria de papel ‘vanguarda iluminista’ diz respeito a uma posição intermediária em que o papel do STF parece ser facilitar ou viabilizar a aceitação de um determinado direito que até então sofria resistência, de modo a dar um “empurrão na história”. Exemplo pródigo

dessa atuação no Brasil foi justamente o caso do reconhecimento institucional da União homoafetiva, decisão, aliás, citada pelo próprio Luís Roberto Barroso. A sua explicação é precisa: “talvez essa não fosse uma posição majoritária na sociedade, mas a proteção de um direito fundamental à igualdade legitimava a atuação” (BARROSO, 2017). Pela perspectiva da aceitação política, aliás, merece destaque para o processo de legitimação dessa atuação que uma parcela significativa da sociedade possui o viés do *status quo*, posicionando-se conforme a posição oficial com relação a uma determinada questão, o que pode explicar como, em certas circunstâncias, uma decisão judicial marcante pode ser decisiva para facilitar ou viabilizar a aceitação de um determinado direito que até então sofria resistência (KAHNEMAN; KNETSCH; THALER, 1991). Com a decisão, um número significativo de pessoas altera sua opinião quando o órgão de cúpula do Poder Judiciário passa a validar tal união com o *status* de uma família reconhecida juridicamente de modo oficial.

Assim, Luís Roberto Barroso contribuiu de maneira original e relevante para a literatura jurídica nacional sobre a legitimação política da atuação do STF, jamais afirmou em seu texto que o Supremo não erraria e a crítica formulada por Diego Werneck Arguelhes é que erra o seu alvo. Aliás, pelo contrário, “A Razão Sem Voto” afirma, inclusive, que o STF não é o dono da Constituição e faz referências importantes aos diálogos constitucionais e institucionais entre o Poder Judiciário e os demais poderes de Estado (BARROSO, 2017). Portanto, não existe nenhuma defesa da infalibilidade do Tribunal.

2.2. A Escolha da Régua: Como o Criterialismo Esvazia a Defesa do Positivismo Formalista e Textualista

Por sua vez, Fernando Leal formulou uma crítica da racionalidade dos processos de tomada de decisão judicial com base na construção doutrinária formulada por Luís Roberto Barroso (LEAL, 2017). Tal crítica deve ser, contudo, considerada dentro do contexto da defesa do positivismo jurídico formalista e textualista feita pelo Professor da FGV Direito Rio. É que o ponto principal da controvérsia consiste em seu posicionamento de defesa do formalismo jurídico e de uma dogmática jurídica mais tradicional, que contrasta com a perspectiva interpretativista e de defesa do neoconstitucionalismo sustentada por Luís Roberto Barroso (LEAL, 2018). Para Fernando Leal, a defesa do formalismo jurídico é baseada na sua perspectiva de que o processo decisório do STF deveria ser previsível (LEAL, 2018; LEAL, 2018-A).

Em sua crítica à construção doutrinária de Luís Roberto Barroso, Fernando Leal defende a tese de que as decisões judiciais precisam ser formadas através de métodos decisórios aptos conforme condições de racionalidade próprias do direito, sendo passíveis de recondução a elementos do sistema

jurídico que evidenciem que são empreendimentos de construção e não de invenção (LEAL, 2017). Para ele, os métodos de interpretação deveriam ser capazes de conduzir a níveis satisfatórios de previsibilidade com relação às respostas dadas às questões constitucionais controvertidas (LEAL, 2017). Contudo, em sua visão, a adoção do princípio da proporcionalidade pelo STF não reduziria, mas acabaria vindo a aumentar os níveis de indeterminação do direito, radicalizando sua incerteza (LEAL, 2017). O Professor da FGV Direito Rio critica a diluição do texto como o principal limite para a tomada de decisões judiciais, afirmando que ponderação, razoabilidade e dignidade humana seriam referências vagas dos processos de tomada de decisão constitucional que não conduziriam ao desejável controle da discricionariedade e da previsibilidade das decisões judiciais (LEAL, 2017).

Nesse sentido, o problema fundamental da crítica de Fernando Leal é o seu criterialismo, isto é, a definição de um critério para justificar sua concepção de direito, efetuando uma escolha arbitrária por um critério avaliativo que favorece o seu argumento e as suas conclusões, mas que não é compartilhado por todos. Ao definir a redução da incerteza normativa e da suposta falta de previsibilidade decisória como o critério principal para a justificação do processo correto de aplicação do direito, Fernando Leal também define o seu positivismo jurídico formalista e textualista como sendo a concepção adequada de direito. O problema é que se avaliarmos a questão com a régua do formalismo, o formalismo sempre ganha. Tal crítica não é nova, tendo sido adotada com sucesso por Ronald Dworkin para defender seu interpretativismo e criticar o positivismo jurídico Hartiano, também podendo servir para criticar o criterialismo e o positivismo jurídico formalista e textual defendido por Fernando Leal (DWORKIN, 1986; DWORKIN, 2006).

2.3. O Ônus da Crítica Construtiva: A Apresentação de Alternativas Institucionais

Finalmente, devemos enfrentar ainda a crítica formulada por Conrado Hübner Mendes de que a construção doutrinária formulada por Luís Roberto Barroso seria o ápice da automistificação do STF, mas que a realidade se revelaria diferente: ao invés de árbitro, o tribunal seria um partícipe da crise política; ao invés de um poder moderador, seria um poder tensionador, que multiplica incertezas e acirra conflitos; ao invés de apagar incêndios, faz-se incendiário (MENDES, 2018). Sua virulenta crítica de que a atuação do STF equivaleria a um “folhetim político” e que o tribunal estaria abdicando de seu papel constitucional e atacando o projeto de democracia foi também um ataque frontal à tese do Professor Luís Roberto Barroso de que os Tribunais Constitucionais poderiam exercer o papel de vanguarda iluminista

(MENDES, 2018). O Professor da USP criticou o procedimento decisório do STF, sua retórica argumentativa e indicou supostas patologias relativas ao poder individual de seus membros e a um suposto uso arbitrário do tempo decisório (MENDES, 2018). Conrado Hübner Mendes também atribuiu ao STF responsabilidade por uma suposta insegurança jurídica decorrente de uma falta de previsibilidade decisória e considerava que a postura de seus membros teria causado uma perda de credibilidade do Tribunal (MENDES, 2018).

Particularmente no caso da crítica formulada por Conrado Hübner Mendes, existe o problema de que não se trata de uma articulação analítica típica de um artigo acadêmico, mas de uma crítica de caráter sintético ou – conforme a terminologia adotada em suas próprias colunas – de caráter mais ‘impressionista’. A crítica é apenas e tão somente de que tal construção doutrinária seria o “ápice da automistificação”, mas não existe uma análise acadêmica detalhada sobre se o STF teria atuado, de fato, de maneira legítima no caso do reconhecimento institucional da união estável homoafetiva. Ao afirmar que o Tribunal Constitucional poderia eventualmente e excepcionalmente colaborar para “dar um empurrão na história”, Luís Roberto Barroso estava se referindo a casos concretos no Brasil, Estados Unidos, Alemanha, África do Sul e Israel, em que os magistrados constitucionais teriam atuado de modo viabilizar a aceitação de um determinado direito que até então sofria resistência no interior de sua sociedade política. Seria interessante se a crítica do Professor da USP buscasse se engajar com os argumentos apresentados por Luís Roberto Barroso – tal como fizeram Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal – mas isso não aconteceu e parece mais uma figura de retórica – a vanguarda ‘ilusionista’ – do que uma análise crítica.

Além disso, em uma série de entrevistas e de palestras públicas em que Conrado Hübner Mendes tem participado ao longo dos últimos anos, sempre que é perguntado sobre o que deve ser feito e quais seriam as eventuais reformas institucionais ou constitucionais a serem adotadas, ele tem simplesmente se silenciado ou afirmado que a questão diz mais respeito à ética dos magistrados do STF do que propriamente à adoção de alternativas institucionais para os problemas identificados. Contudo, o ônus daquele que critica é justamente o de apresentar alternativas institucionais que podem vir a solucionar os problemas que identifica. Exemplo concreto foi o caso da crítica formulada por Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano sobre a ministocracia através do exercício de poder individual pelos Ministros do STF, que veio acompanhada da recomendação de que as decisões de deferimento de medidas liminares deveriam ser imediatamente submetidas para referendo do plenário, de modo a reduzir o poder individual dos magistrados constitucionais em detrimento do colegiado (ARGUELHES;

RIBEIRO, 2018). Nesse sentido, para que a crítica não seja meramente destrutiva e para que seja verdadeiramente construtiva, cabe ao autor da crítica se desincumbir do ônus de apresentar alternativas institucionais consistentes para os problemas que identifica. Sem a identificação de alternativas, a crítica se torna ilusionista.

Além de ser sintética e de não apresentar alternativas, a formulação teórica desenvolvida por Conrado Hübner Mendes sobre as cortes constitucionais e a deliberação democrática foi considerada “elitista” por um dos revisores do trabalho para a Editora da Universidade de Oxford, tendo o próprio professor feito concessões a essa crítica (MENDES, 2013). Além do elitismo, poderíamos também considerar que as patologias de um STF existente e real são comparadas com uma versão abstrata e idealizada de como um tribunal deveria funcionar. As críticas que comparam uma organização real com uma instituição ideal imaginada nos remetem à injustiça das críticas viciadas pelo perfeccionismo. Como explicava Giovanni Sartori, as críticas perfeccionistas são inválidas, porque qualquer socialismo utópico imaginário é melhor do que um liberalismo democrático real, não podendo se comparar uma abstração idealizada com a realidade concreta (SARTORI, 1994).

Aliás, a crítica relativa ao perfeccionismo poderia ser adotada não somente com relação a Conrado Hübner Mendes, mas também com relação a Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal. É que todos os três críticos comparam uma o STF com um tribunal constitucional ideal. Luís Roberto Barroso pode citar o caso do reconhecimento institucional da união homoafetiva como um exemplo concreto de um caso real em que o STF viabilizou a aceitação de um determinado direito que até então sofria resistência, de modo a dar um “empurrão na história”. Por outro lado, Conrado Hübner Mendes, Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal não possuem exemplo concreto para apresentar, estando presos a um paraíso de conceitos imaginários em que se encontra um tribunal constitucional transcendental, perfeito e tão ilusório como as críticas formuladas por eles (COHEN, 1935).

CONCLUSÃO

Por ocasião da publicação desse artigo, cinco anos depois da formulação original de suas críticas, o Professor Luís Roberto Barroso já completou dez anos de exercício de jurisdição como Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) e se tornou o seu Presidente. Apesar de o articulista Conrado Hübner Mendes parecer enfim ter percebido que suas críticas são instrumentalizadas por políticos conservadores como instrumento de ataque à Constituição de 1988 e a direitos fundamentais de caráter progressista, ainda assim ele não reflete criticamente a respeito, insistindo em reafirmá-las como se o Tribunal não se desse o respeito (MENDES, 2023). Em nossa reflexão

conclusiva sobre as críticas atribuídas ao STF em relação à formulação da construção doutrinária de Luís Roberto Barroso, as perspectivas de Diego Werneck Arguelhes, Fernando Leal e Conrado Hübner Mendes indicam respectivamente que o Tribunal deveria buscar ser mais ‘do contra’, ‘saber melhor’ e ser ‘moralmente perfeito’.

Caso fosse correta a crítica de Diego Werneck Arguelhes de que o exercício da jurisdição constitucional se legitima quando ele exerce o papel contramajoritário, suas decisões somente seriam legítimas quando fossem contrárias à maioria. Ao invés de termos uma instituição que exercesse seus papéis contramajoritário, representativo e de vanguarda conforme o direito constitucional, aplicando o princípio da proporcionalidade e analisando as circunstâncias dos casos concretos, o tribunal deveria ser sempre ‘do contra’ para ser legítimo. Seria um absurdo conceber que o Supremo só acerta quando ele diz que os outros erraram. Caso fosse correta a crítica de Fernando Leal, teria ele encontrado o critério adequado e definitivo para se avaliar a correção do direito constitucional e bastaria que o Supremo percebesse que a redução da incerteza normativa é esse ponto arquimediano de onde se obtém a verdade objetiva definitiva sobre a ciência jurídica. O problema dessa crítica é que esse critério decorre das preferências pessoais do autor da crítica, que pretende impor ao STF que decida sempre com base nesse critério como se assim fosse ‘saber melhor’ como decidir. Finalmente, a crítica formulada por Conrado Hübner Mendes parece pretender que o Tribunal seja ‘moralmente perfeito’ e formado não por homens reais com seus erros e limitações, mas por pessoas perfeitas do ponto de vista ético. Como ele não aponta nenhuma proposta de transformação de alternativa institucional, a crítica não cumpre com o ônus de propor soluções para os supostos problemas apresentados. Aliás, o ápice da mistificação não se encontra na construção doutrinária de Luís Roberto Barroso, mas na pretensão perfeccionista da crítica ilusionista que mistifica um tribunal idealizado que não existe em nenhum lugar, mas somente nos sonhos do crítico.

Por outro lado, com relação à construção doutrinária de Luís Roberto Barroso, após os debates na FGV e a publicação da coleção de textos reunidos em um livro, uma nova versão do argumento repleta de exemplos de casos internacionais foi publicada como uma tipologia dos papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas: contramajoritário, representativo e iluminista (BARROSO, 2018). Os inúmeros exemplos concretos apresentados nesse novo trabalho reforçam a tese do Ministro Luís Roberto Barroso e evidenciam que se trata de um mapeamento de casos em que a atuação de um Tribunal Constitucional, respectivamente, contrariou, acompanhou ou transformou a opinião pública. A explicação dos diferentes tipos de papéis exercidos pelos tribunais constitucionais nos ensina sobre o exercício da jurisdição constitucional nas

democracias contemporâneas e sobre as dinâmicas políticas de resistência, aquiescência e viabilização.

Nesse contexto, as críticas formuladas à construção doutrinária de Luís Roberto Barroso é que são ilusionistas. É um erro de alvo afirmar que se trata de uma defesa da infalibilidade do STF e fundir uma análise de legitimação política com uma de legitimação moral. Não deve ser considerada uma crítica formulada a partir de um critério escolhido que não é adequado e que necessariamente implicará em uma avaliação enviesada pela escolha daquele critério em particular. Finalmente, o crítico possui o ônus de apresentar alternativas institucionais para solucionar os problemas apresentados e não deve formular críticas que sejam destrutivas a partir de perspectivas elitistas e perfeccionistas. Como bem salientou o Felix Cohen, aqueles que sonham com o paraíso dos conceitos jurídicos perfeitos estão imersos em um nonsense transcendental (COHEN, 1935). As críticas formuladas com base nessa perspectiva perfeccionista devem ser consideradas ilusionistas. Minha contribuição para a celebração dos dez anos de exercício de jurisdição constitucional do Ministro Luís Roberto Barroso consiste na apresentação de uma defesa de sua construção doutrinária sobre os papéis do Tribunal Constitucional e uma crítica das críticas ilusionistas formuladas contra “A Razão Sem Voto”.

REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. *Novos estudos CEBRAP*, v. 37, p. 13-32, 2018.

ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo que não erra. *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: Editora FGV, p. 81-107, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: FGV, p. 25-77, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: o supremo, seus papéis e seus críticos. *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: FGV, p. 565-571, 2017-A.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018.

COHEN, Felix S. *Transcendental nonsense and the functional approach*. COLUM. I. reV., v. 35, p. 809, 1935.

DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Harvard University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, RONALD. *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, 1977.

HART, H. L. A. *The Concept of Law*. OUP Oxford, 2012.

HUME, David. *Essays moral, political, and literary*. Longmans, Green, and Company, 1875.

KAHNEMAN, Daniel; KNETSCH, Jack L.; THALER, Richard H. Anomalies: The endowment effect, loss aversion, and status quo bias. *Journal of Economic perspectives*, v. 5, n. 1, p. 193-206, 1991.

LEAL, Fernando. Até que ponto é possível legitimar a jurisdição constitucional pela racionalidade? Uma reconstrução da crítica de ‘A razão sem voto’. *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: Editora FGV, p. 108-139, 2017.

LEAL, Fernando. “A Constituição diz o que eu digo que ela diz”: formalismo inconsistente e textualismo oscilante no Direito Constitucional Brasileiro. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 12, n. 39, p. 99-143, 2018.

LEAL, Fernando. Consequenciachismo, principialismo e deferência: limpando o terreno. *Dilema é, de fato, meramente aparente*. Disponível em: < <https://www.jota.info/stf/supra/consequenciachismo-principialismo-e-deferencia-limpando-oterreno-01102018>>. Acesso em, v. 13, 2018-A.

MENDES, Conrado. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford University Press, 2013.

MENDES, Conrado Hübner. STF, vanguarda ilusionista. *Folha de S. Paulo*, n. 28 ja 2018, p. 4-5, 2018.

MENDES, Conrado Hübner. Congresso mira a Constituição, não o STF. *Folha de S. Paulo*, n. 18 out 2023, 2023.

SARTORI, Giovanni. *A Teoria da Democracia Revisitada: As questões Contemporâneas*. Dois Volumes. São Paulo: Editora Ática SA, 1994.

SCHMITT, Carl. *Constitutional theory*. Duke University Press, 2008.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Forense Universitária, 1991.

VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens. *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Editora FGV, 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, v. 4, p. 441-463, 2008.

Recebido em: 15/08/2023

Aprovado em: 31/10/2023

DOSSIÊ

O DIREITO ADMINISTRATIVO ENTRE O IDEAL E O REAL: O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA CONCRETIZAÇÃO DA TEORIA

*ADMINISTRATIVE LAW BETWEEN THE IDEAL
AND REAL: THE ROLE OF CONSTITUTIONAL
JURISDICTION IN THE REALIZATION OF THE
THEORY*

Valter Shuenquener de Araujo¹

SUMÁRIO: Uma homenagem necessária. Introdução. 3. Intervenção do Estado no domínio econômico e a livre iniciativa: o caso Uber. 4. Delimitação objetiva da judicialização da saúde e autocontenção judicial. 5. Ensino religioso nas escolas públicas: o caso da ADI 4439. Conclusão. Referências.

¹ Doutorado em Direito Público pela UERJ, KZS pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg. Atualmente é Professor Associado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Conferencista da EMERJ. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ (PPGD), Juiz Federal.

RESUMO: O presente artigo destina-se a analisar como o Direito Administrativo pode contribuir para o desenvolvimento econômico e social do Brasil por meio da concretização de suas mais recentes ideias e teorias através da jurisdição constitucional. A profunda evolução dessa disciplina jurídica nos últimos vinte e cinco anos permite uma ampla reflexão sobre a necessidade de desconstrução de conceitos já superados, mas que insistem em subsistir. O Direito Administrativo pode, assim, contribuir para a materialização das grandes transformações pelas quais o Estado brasileiro ainda precisa passar para progredir em termos de produção e distribuição de riqueza. A metodologia adotada é a revisão bibliográfica e o objetivo da pesquisa é o de contribuir para o debate acerca da necessidade de se tornar concretas as novas ideias do Direito Administrativo, apresentando a expressiva contribuição do Ministro Luís Roberto Barroso no exercício da jurisdição no Supremo Tribunal Federal em relação ao tema.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Burocracia. Regulação. Livre iniciativa. Judicialização.

ABSTRACT: This article intends to analyze how Administrative Law can contribute to the Brazilian economic and social development through the implementation of its most recent ideas and theories by means of the constitutional court jurisdiction. The profound evolution of this legal discipline in the last twenty-five years allows for a broad reflection on the need to deconstruct concepts that have already been overcome, but which insist on being maintained. Administrative Law can thus contribute to the materialization of the great transformations that the Brazilian State still needs to go through in order to evolve in terms of production and distribution of wealth. The adopted methodology is the bibliographical review and the objective of the research is to contribute to the debate about the need to materialize the new ideas of Administrative Law, presenting the expressive contribution of Justice Luís Roberto Barroso in the exercise of jurisdiction in the Federal Supreme Court regarding the topic.

KEYWORDS: Administrative law. Bureaucracy. Regulation. Free Initiative. Litigation.

UMA HOMENAGEM NECESSÁRIA

Antes de adentrarmos o tema objeto deste estudo, algumas palavras precisam ser ditas sobre o professor e Ministro Luís Roberto Barroso, homenageado desta coletânea pelos seus dez anos de judicatura no Supremo Tribunal Federal.

Quem acaba de o conhecer, percebe a velocidade de seu raciocínio, sua espontaneidade, leveza de espírito, seriedade de propósito, inteligência e, sobretudo, seu bom humor. Alguém que reconhece o valor da vida e faz da sua profissão, seja como magistrado ou no magistério, uma ferramenta para a transformação social e para semear o bem. Aqueles que o conhecem há mais tempo, têm a certeza de que estes predicados estão impregnados no seu DNA e de que possuem a sorte de poder conviver com um ser humano muito especial. Alguém muito acima da média em diversos aspectos.

O Ministro Barroso pavimentou seu caminho com muita dedicação e trabalho e tornou-se um líder na academia, criando a Escola de Direito Público da UERJ. Uma Escola de pensamento humanista, criativa e de densa reflexão que tem origem na linha de Direito Público do programa de pós-graduação em sentido estrito da UERJ (BARROSO; MELLO, 2018). Aliás, projeto que também foi fundado e difundido, de forma republicana e meritocrática, pelo homenageado. É inimaginável falar de Direito Público na UERJ e no Brasil sem se cogitar do pensamento e das ideias do professor Barroso. O homenageado possui relevância ímpar no Direito Público brasileiro, e conseguiu simplificar o que tradicionalmente era apresentado como complexo, mostrando como a comunicação direta, clara e simples também pode levar a conclusões profundas e sofisticadas. Mostrou como o tom coloquial não é banal.

Para quem respira o Direito, não é difícil admirar o que fez e alcançou o homenageado em sua trajetória profissional. Trata-se de um orador exemplar; é difícil encontrar pessoas com tamanha capacidade como o homenageado de prender a atenção de um auditório e de transferir conhecimento com uma elevada clareza, objetividade e, o que é o mais árduo, conciliando simplicidade com profundidade.

Não pretendemos nos alongar demasiadamente na homenagem, mas apenas registrar o que nos parece ser minimamente justo pela importância do homenageado na profissão que particularmente escolhemos para a vida, e pela sua influência na nossa caminhada como exemplo a ser seguido. Parabenzamos, portanto, as coordenadoras desta obra, professoras Aline Rezende Peres Osório, Patrícia Perrone Campos Mello e Luna van Brussel Barroso, pela genial ideia desta merecida homenagem.

INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo brasileiro tem, nos últimos vinte e cinco anos,² evoluído enormemente e ampliado com verticalidade o seu campo de atuação. Em lugar de se preocupar unicamente com o regime dos servidores públicos, as licitações, a desapropriação e outros de seus tradicionais temas, o Direito Administrativo avançou – e ainda avança – na análise e investigação de novos tópicos.

Entram no escopo de análise do Direito Administrativo temas como o da racionalidade do sistema punitivo estatal (NIETO, 2008; ARAUJO, 2022), do pragmatismo jurídico (POSNER, 2003), do ordenamento urbano (CARMONA, 2015), da regulação responsiva (AYRES, BRAITHWAITE, 1995), da regulação inteligente (smart) (WENDLAND, EISENBERGER, NIEMANN, 2023), da meta-regulation (GRABOSKY, 2017), da crescente judicialização em torno de políticas públicas (MARRARA; GONZALEZ, 2016), da incompletude inerente aos contratos administrativos (GARCIA, 2023), do governo digital (FUX; MARTINS; ARAUJO, 2022; MOTTA; VALLE, 2021; BARROSO, 2022), da proteção de dados pela Administração Pública (DONEDA, 2021), dentre outras matérias que aparecem como novidades na disciplina.

E há, ainda, uma frequente desconstrução de institutos consagrados, tal como já vimos com a substituição do princípio da legalidade pelo da juridicidade administrativa (BINENBOJM, 2014) e o contundente questionamento do multicitado princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, em virtude da mudança do eixo gravitacional do Estado para o cidadão (SARMENTO, 2010).

O escopo da disciplina cresce horizontal e verticalmente, de maneira a exigir que o profissional do Direito escolha um foco bem mais específico para sua atuação. O desenvolvimento teórico do Direito Administrativo é, assim, elogiável, na medida em que está pavimentando os mais variados caminhos a serem trilhados por aqueles que precisam de soluções específicas e concretas para as dificuldades do mundo contemporâneo.

Muito embora os avanços da dogmática sejam louváveis, há um notório e gigantesco vale separando o que representam as teorias mais modernas do Direito Administrativo daquilo que vivenciamos no dia a dia do funcionamento do Estado e da Administração Pública brasileira (SUNDFELD, 2014).

2 O incremento da expansão temática do Direito Administrativo foi profundamente influenciado pelo advento do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado de 1995. No referido documento, buscou-se incentivar a transformação do Estado brasileiro em um modelo de Estado Gerencial. Essa abordagem proporcionou – e ainda proporciona – o surgimento de mudanças normativas profundas capazes de interferir no escopo e alcance do Direito Administrativo. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>. Acesso em: 08 de outubro de 2023.

Sustenta-se na teoria, por exemplo, a necessidade de criação de um ambiente de segurança jurídica e de tutela de expectativas legítimas, mas os regimes jurídicos de longa duração, e que originam direitos acumulados, tal como ocorre com o regime previdenciário e tributário, são cotidianamente alterados pelo Estado sem uma adequada proteção do cidadão diante das mudanças (ARAUJO, 2016).

No que concerne à remuneração de agentes públicos, impera o discurso doutrinário de que o princípio da moralidade deve ser observado e o de que cada profissional que trabalhe para o Estado deverá receber uma remuneração de acordo com suas responsabilidades e consoante a complexidade das suas atribuições. Deverá, inclusive, receber uma contraprestação pelo trabalho desempenhado que seja semelhante ao que o mercado privado retribui pelo mesmo serviço. Esta a narrativa encontrada na academia que, muito embora acertada e fundamentada em sólidos argumentos, não se tornou realidade.

Na prática, o texto constitucional assumiu a função de disciplinar o tema para evitar abusos e, nessa missão, estabeleceu padrões remuneratórios alicerçados em qual ente da federação paga o agente público, e não em razão da função por ele desempenhada.

Cuida-se de uma opção normativa que promoveu o deletério nivelamento dos mais variados profissionais das carreiras públicas pelo topo, independentemente do que especificamente realizam de trabalho. Ademais, desincentivou a assunção de responsabilidades no âmbito do serviço público brasileiro. Nesse contexto, por mais incrível que possa parecer, essa matéria (remuneração de agentes públicos), que nenhuma complexidade deveria ter, ocupa tempo desproporcionalmente expressivo das sessões do STF e das páginas dos livros de Direito Administrativo, notadamente pela distância entre o que é defendido na teoria e a sua prática.

Quanto à intervenção no domínio econômico, é marcante na doutrina a concepção de que o Estado deve prestigiar a livre iniciativa e interferir o mínimo possível nas atividades econômicas e na propriedade privada (SUNDFELD, 2018, 113). Contudo, o que se descortina pela frente, e com muita frequência, são leis obrigando empresários a estenderem promoções aos clientes preexistentes à oferta,³ que criam o dever a toda pessoa física ou jurídica que disponibilize um local para estacionamento de contratar

3 Nas ADIs 5.399 e 6.191, STF, em processo da relatoria do ministro Roberto Barroso acertadamente assentou a seguinte tese “É inconstitucional lei estadual que impõe aos prestadores privados de serviços de ensino e de telefonia celular a obrigação de estender o benefício de novas promoções aos clientes preexistentes.” ADI 5.399/SP, relator Min. Roberto Barroso, julgamento em 9.6.2022; ADI 6.191/SP, relator Min. Roberto Barroso, julgamento em 9.6.2022. Além de reconhecer ofensa à competência privativa da União para legislar sobre direito civil, O STF entendeu que as leis impugnadas promovem uma indevida ingerência em relações contratuais firmadas entre particulares, sem que exista demonstração de qualquer conduta abusiva por parte do prestador.

seguranças como seus funcionários,⁴ que obrigam condomínios a contratar um guardião de piscina independentemente da sua profundidade,⁵ e que impõem aos donos de estabelecimentos a contratação de funcionários para o empacotamento de mercadorias.⁶ Leis que obrigam as indústrias, os comerciantes e consumidores a adotar um modelo de tomada de três pinos redondos que não existe nos grandes mercados do mundo ocidental.⁷

Há, na doutrina, debate sobre as *sunshine laws* (JONES, 2011), a autorregulação regulada, dispute board, e acerca da regulação retrospectiva (*regulatory lookback*) (JORDÃO; CUNHA, 2020), mas, ainda, não conseguimos, por exemplo, que o Brasil inteiro fique conectado em uma única voltagem: parte do país utiliza energia elétrica com 127 (antigo 110) e parte com 220 volts.

Em matéria de regulação, a literatura é praticamente uníssona, no sentido de que se deve estimular a priorização da ordenação de atividades econômicas por meio de agências reguladoras. No entanto, não são raras as tentativas do próprio Poder Executivo a que as agências estão vinculadas de esvaziar os seus poderes e do Poder Legislativo de disciplinar matérias técnicas que ele próprio deslegalizou em favor dessas autarquias de regime especial.⁸

No Direito Administrativo Sancionador, defende-se na doutrina a proporcionalidade das sanções e a proibição de dupla punição por um mesmo fato (*ne bis in idem*). A realidade, contudo, é diversa. Penas são aplicadas pelos distintos entes da federação com ampla discricionariedade

- 4 Na ADI 451, em processo da relatoria do Ministro Barroso, o STF decidiu pela inconstitucionalidade de uma lei do estado do Rio de Janeiro que obrigava a pessoa que disponibilizasse um estacionamento a contratar seguranças. Além de reconhecer ofensa à competência da União para legislar privativamente sobre Direito Civil e Direito do Trabalho, também se identificou uma ofensa à livre iniciativa, haja vista que referida lei não poderia impedir a terceirização, muito menos interferir na escolha do empreendedor sobre se contratará ou não seguranças. A tese que ficou assentada foi a seguinte: “*Lei estadual que impõe a prestação de serviço segurança em estacionamento a toda pessoa física ou jurídica que disponibilize local para estacionamento é inconstitucional, quer por violação à competência privativa da União para legislar sobre direito civil, quer por violar a livre iniciativa. 2. “Lei estadual que impõe a utilização de empregados próprios na entrada e saída de estacionamento, impedindo a terceirização, viola a competência privativa da União para legislar sobre direito do trabalho.”* ADI 451/RJ, rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 1º.8.2017.
- 5 A Lei nº 3.721/2001 do estado do Rio de Janeiro prevê no seu artigo 1º que “É obrigatória a permanência de guardião de piscinas em piscinas localizadas nos prédios residenciais, de dimensões superiores a 6m x 6m, em hotéis, clubes sociais e esportivos, e nas academias de esportes e ginástica, em território fluminense”.
- 6 Ao julgar a ADI 907, o Plenário do STF, em posição defendida pelo Ministro Roberto Barroso, julgou inconstitucional uma lei do estado do Rio de Janeiro que obrigava os supermercados a prestarem o serviço de empacotamento aos seus clientes. STF. ADI 907. Tribunal Pleno. Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES. Redator do acórdão: Min. ROBERTO BARROSO. Julgamento: 01/08/2017. Publicação: 24/11/2017.
- 7 Nos Estados Unidos da América, as tomadas também são de três pinos, mas achatados. Na Europa, a tomada mais comum é a do tipo C, que possui apenas dois pinos redondos. A tomada de três pinos redondos do Brasil (tecnicamente denominada de NBR 14136) foi inspirada em um modelo publicado pela Comissão Eletrotécnica Internacional (IEC 60906-1) que, por sua vez, se assemelha ao modelo utilizado na Suíça (SEV 1011 T12). O curioso é que essa tomada surgiu no Brasil com o objetivo de criar uma padronização, algo que efetivamente ocorreu, mas por meio de um padrão brasileiro que despreza o que predomina no mundo. Essa circunstância originou – e ainda origina – um custo adicional para os brasileiros sem que sequer haja qualquer estudo (análise de impacto regulatório ou análise de resultado regulatório) comprovando percentualmente a efetiva redução dos acidentes em virtude da inclusão de um terceiro pino redondo.
- 8 Ao julgar a ADI 5.501, o STF decidiu pela inconstitucionalidade da Lei 13.269/16 que, contrariamente ao entendimento da ANVISA, permitia a comercialização da pílula do câncer (fosfoetanolamina sintética). ADI 5501. Tribunal Pleno. Relator: Min. MARCO AURELIO. Plenário, Sessão Virtual de 16.10.2020 a 23.10.2020. Julgamento: 26/10/2020. Publicação: 1º/12/2020.

e amparadas em conceitos extremamente vagos. Não raras vezes as sanções são excessivas, ou, no outro extremo, exageradamente brandas. E também é comum a dupla punição pelo mesmo fato, sob o fundamento de que as instâncias punitivas são diversas. O direito positivo não edificou, ainda, um sólido sistema de interdependência das instâncias para a materialização do que, até o momento, unicamente é defendido na teoria (ARAÚJO, 2022).

A excessiva judicialização em face da Administração Pública é apresentada na literatura como algo atípico do Brasil, que recomenda a adoção de uma posição de autocontenção pelo Poder Judiciário (BARROSO, 2009). Na prática, contudo, o Poder Executivo é, segundo o Painel de Grandes Litigantes do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o maior litigante no país (2023). E as hipóteses em que o Estado brasileiro adota meios extrajudiciais de solução de controvérsias ainda não superam quantitativamente as ações distribuídas.⁹¹⁰

No que toca à relação do Direito Administrativo com o ordenamento jurídico internacional, a narrativa predominante na academia é a de que o Brasil precisa compatibilizar suas regras, modelos e práticas com o que o mundo oferece de mais eficiente. E essa uniformização de normas jurídicas e de padrões internacionalmente adotados contribui, sobremaneira, para o desenvolvimento econômico nacional, especialmente porque simultaneamente facilita a circulação de riquezas e reduz os custos de transação.

Nesse diapasão, os textos acadêmicos revelam a importância de se avançar rumo a um governo digital, à virtualização dos processos e ao incentivo por uma Administração Pública consentânea com a revolução 4.0 que se difunde mundialmente. No entanto, ainda convivemos, por exemplo, com o instituto do reconhecimento de firma,¹¹ da autenticação de documentos e com a possibilidade de edição de mais de cinco mil leis distintas sobre processo administrativo.¹² Mais um tema em que se torna fundamental

9 De acordo com o relatório Justiça em Número 2022 produzido pelo CNJ, o total de casos novos distribuídos em 2021 foi de 27,7 milhões, representando um crescimento de 10,4% em relação a 2020. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2022, p. 105).

10 No que concerne especificamente a esse tema do controle judicial da Administração Pública, o Poder Judiciário deu um passo importante, no sentido de condicionar o ajuizamento de uma ação ao prévio requerimento administrativo. Essa contribuição também devemos ao Ministro Barroso que, ao relatar o RE 631.240, decidiu que o ajuizamento de uma ação previdenciária depende, como regra, da formulação do prévio requerimento administrativo (BRASIL, 2014).

11 Para os que não são brasileiros, o reconhecimento de firma é o ato do tabelião que atesta que a assinatura lançada em um documento foi efetivamente feita por quem o tabelião reconhece como autora do ato. E existem duas espécies: o reconhecimento por autenticidade e reconhecimento por semelhança. No primeiro, aquele que assinou precisa comprovar pessoalmente que assinou. No segundo caso, o tabelião certifica que a assinatura é semelhante àquela já lançada em seus livros. Esses procedimentos, embora superados pela tecnologia já disponível amplamente no mercado e pelo próprio governo federal de forma gratuita no Gov.br, ainda são exigidos por parcela expressiva da Administração Pública.

12 O Senador Rodrigo Pacheco apresentou no Senado o PLS 2.481/2022 que foi redigido por uma comissão de juristas criada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Senado. No referido projeto de lei, há uma proposta de tornar a Lei nº 9.784/99 uma lei de caráter nacional que seria aplicável a todos os entes da federação. Disponível em: Para consulta ao texto, confira o seguinte link: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/docu mento?dm=9199165&ts=1686866399530&disposition=inline&_gl=1*1iz8sld*_ga*MjAyNyM1MjIzLjE2NjI3Mjc3NDg*_ga_CW3ZH25XMK*MTY5MTk2NjA2My44LjAuMTY5MTk2NjA2My4wLjAuMA.. Acesso em: 13/08/2023.

reduzir o enorme vão existente entre o plano da teoria e o mundo real, a fim de se conferir plena efetividade aos direitos fundamentais e possibilitar, no dizer do homenageado, “*a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e ser da realidade social*” (BARROSO, 1996, p. 326).

Devemos, assim, refletir sobre como é possível reduzir essa diferença entre o atual estágio do desenvolvimento da teoria e a realidade no nosso país. Uma das estratégias que tem se mostrado eficiente nessa tarefa é a da concretização da teoria administrativa por médio da jurisdição constitucional. E o Ministro Luís Roberto Barroso tem desempenhado um exímio papel como magistrado nesse sentido.

A partir de agora, concentraremos nossa análise em três exemplos marcantes extraídos da jurisdição constitucional que contaram com a participação do Ministro Luís Roberto Barroso e que revelam sua preocupação com a concretização daquilo que é defendido na literatura como forma de consolidar o Estado de Direito, promover a tutela de direitos humanos e fortalecer a democracia na nossa república. Os três temas escolhidos são os seguintes: i) Intervenção do Estado no domínio econômico e a livre iniciativa: o caso Uber; ii) Delimitação objetiva da judicialização da saúde e autotenção judicial, e iii) Ensino religioso nas escolas públicas.

3. INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E À LIVRE INICIATIVA: O CASO UBER

O Estado possui a prerrogativa de intervir no domínio econômico para o benefício da coletividade. Age para proibir a comercialização de substâncias danosas à saúde, para tutelar os empregados, para assegurar uma relação de consumo mais equilibrada, para proteger o meio ambiente, e para garantir inúmeros outros valores relevantes sob a ótica da nossa Constituição da República.

Ocorre que a mesma Constituição que garante essa intervenção, também preconiza a livre iniciativa como princípio protetor do exercício de atividades econômicas por particulares (GRAU, 2023). O Direito Público brasileiro enaltece, e com razão, a livre iniciativa, de tal forma que o Estado não está autorizado a invadir de maneira desproporcional este sagrado espaço do particular para fazer escolhas que são de responsabilidade e risco de quem explora uma atividade econômica. Se o supermercado terá ou não estacionamento, se ele será gratuito ou remunerado, isso é decisão a ser tomada pelo particular, e não pelo Estado, que não pode pretender assumir, de forma paternalista, escolhas que não lhe cabem.

Diante do conflito entre o princípio da livre iniciativa e os demais bens jurídicos que com ele convivem em um perene estado de tensão (tutela do consumidor, por exemplo), não se pode permitir que o Estado substitua

por completo a vontade do particular sobre o formato de organização do seu próprio negócio. A escolha de cada um quanto ao modo como irá explorar sua atividade merece total respeito, notadamente por ser uma autêntica projeção da própria personalidade do empreendedor. A intervenção estatal nesta seara será, por outro lado, muito bem-vinda quando realizada para promover a segurança e dignidade das pessoas sem asfixiar a liberdade de empreender.

Em 2019, o Plenário do STF decidiu duas ações em que o tema central foi o litígio sobre a constitucionalidade da proibição legal do transporte remunerado individual de pessoas. Das duas ações, a APDF 449 (BRASIL, 2019.b) foi de relatoria do Ministro Luiz Fux e o Ministro Barroso foi o relator do Recurso Extraordinário 1.054.110 (BRASIL, 2019.a). No referido recurso, interposto pela Câmara de Vereadores do município de São Paulo, houve questionamento de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) que declarou a inconstitucionalidade da Lei municipal nº 16.279/2015. Referida lei proibiu o uso de carros particulares cadastrados em aplicativos para o transporte remunerado individual de pessoas.

O TJSP declarou a inconstitucionalidade material da aludida lei municipal, firme no fundamento de que ela, ao proibir uma atividade privada, afrontou os princípios da livre iniciativa e da razoabilidade. Em suas razões recursais, o Poder Legislativo do município de São Paulo sustentou que o transporte individual remunerado de passageiros sem o consentimento prévio estatal seria um verdadeiro “taxi clandestino”, que ocasionaria riscos para o usuário e originaria uma injusta competição.

Em seu voto pelo desprovimento do recurso interposto, o relator Ministro Barroso destacou os seguintes pontos: i) natureza privada da atividade de transporte individual remunerado de passageiros, nos termos do que previsto na Lei nº 13.640/18; ii) necessidade de se analisar a matéria com base no princípio da livre iniciativa e no princípio da livre concorrência; iii) a existência de uma disputa inegável entre as soluções apresentadas por novas tecnologias e as formas tradicionais de oferecimento de serviços; iv) o Estado precisa lidar com essas inovações sem impedir o progresso e tentar criar uma via conciliatória possível; v) a necessidade de o Brasil abandonar o “capitalismo de compadrio”, “capitalismo de Estado” e incentivar a livre iniciativa; “um capitalismo com risco privado, concorrência, empresários honestos, regras claras e estáveis propiciadoras de um bom ambiente de negócios” (BRASIL, 2019.a, p. 5-6); vi) a livre iniciativa tem uma dimensão econômica, mas, também, uma dimensão pessoal que se extrai dos direitos da personalidade, na medida em que se refere às escolhas existenciais das pessoas; vii) uma lei não pode arbitrariamente retirar uma determinada atividade econômica da liberdade de empreender das pessoas; viii) a competição entre os agentes econômicos e a liberdade de escolha dos usuários é que produzem

qualidade e preços justos, e ix) a assimetria regulatória não viola a isonomia e produz o salutar efeito de promover a competição.

Ao final do julgamento, a seguinte tese ficou assentada:

1. A proibição ou restrição da atividade de transporte privado individual por motorista cadastrado em aplicativo é inconstitucional, por violação aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência; e 2. No exercício de sua competência para regulamentação e fiscalização do transporte privado individual de passageiros, os Municípios e o Distrito Federal não podem contrariar os parâmetros fixados pelo legislador federal (CF/1988, art. 22, XI).

A análise dos fundamentos empregados pelo homenageado em seu voto nos permite concluir que o princípio da livre iniciativa encartado logo na porta de entrada da Constituição da República deve ter como função primordial impedir que o Estado asfixie a liberdade que cada um de nós possui de empreender. Ao Estado não cabe, assim, proibir – ou dificultar ao extremo – o surgimento de novas atividades econômicas capazes de destruir criativamente modelos anteriores, salvo quando elas, excepcionalmente e de forma sobejamente comprovada, comprometerem valores constitucionais tão ou mais valiosos do que a livre iniciativa.

As inovações tecnológicas surgem, cada vez mais, de maneira disruptiva, e, por mais que haja resistência ao que é novo, o Estado não pode querer proteger o que já se tornou superado. Daí porque a decisão do Supremo Tribunal Federal no caso do Uber merece ser aplaudida. No caso, as ideias predominantes na literatura sobre intervenção no domínio econômico e sua necessária conciliação com a livre iniciativa ganharam vida no voto do Ministro Barroso, bem como nos lançados pelos demais Ministros que o acompanharam.

Sob outro prisma, a velocidade das transformações provocadas pela tecnologia é atualmente tamanha que a incorporação das novidades no Brasil tem sido filtrada pelo Supremo Tribunal Federal. Não tem havido tempo hábil para o Poder Legislativo editar uma lei, nem mesmo para o Poder Executivo internalizar uma matéria por meio de tratados, pois a novidade, em tempos de revolução 4.0, se torna realidade de forma praticamente instantânea.

Essas circunstâncias provocam profundas modificações nas relações entre os poderes do Estado, e o Judiciário acaba por assumir um protagonismo ímpar (BARROSO; OSÓRIO, 2018). Uma das razões que pode ser apontada para este cenário é a inexistência de uma consolidada arena internacional para um debate célere e profundo acerca da necessidade de universalização normativa de temas que interessam a mais de um país, tal como é o caso do Uber, Airbnb, canais de *streaming* e de outras matérias com características semelhantes.

Tradicionalmente, o Direito Internacional se ocupa de matérias de interesse transnacional e o processo decisório se realiza no âmbito dos organismos internacionais multilaterais por meio dos corpos diplomáticos. É o Poder Executivo de cada Estado que participa do processo decisório em nível internacional, sendo o texto final internalizado no Brasil com o aval do Congresso Nacional.¹³

Como não tem havido tempo hábil para a construção de normas sobre temas inovadores no plano interno (Poder Legislativo) e nem mesmo no âmbito internacional (Executivo + Legislativo), o Poder Judiciário é provocado e precisa fazer escolhas. Foi o que ocorreu, por exemplo, nos casos do Uber (BRASIL, 2019.a; BRASIL, 2019.b) e do Buser (BRASIL, 2023.b). Em relação ao Airbnb, o STJ já possui decisões permitindo que os condomínios proíbam o aluguel de imóveis pela referida plataforma digital (BRASIL, 2021.a; BRASIL, 2021.b).

Nesse contexto, o Direito Administrativo, tradicionalmente focado no âmbito local e nas relações jurídicas entre a Administração Pública de um país e os seus administrados, deve ter um firme compromisso com o desenvolvimento de espaços de deliberação administrativa e institutos com uma funcionalidade e aplicação transnacional. Evita-se, com isso, que as decisões que interessam ao mundo e aos consumidores globais sejam tomadas exclusivamente com amparo no que pensam as autoridades locais.

O Direito Administrativo Global, disciplina que ganhou fôlego com o projeto *Global Administrative Law (Direito Administrativo Global)* da Universidade de Nova Iorque, reconhece este fenômeno e estimula a criação de um espaço decisório plural de composição transnacional e não apenas estatal (BADIN, 2008; BENVENISTI, 2004; BERMAN, 2012; CASSESE et al., 2008). A origem desse novo ramo do Direito Público remonta ao artigo acadêmico *The Emergence of Global Administrative Law (O Surgimento do Direito Administrativo Global)* publicado em 2005 pelos professores Benedict Kingsbury, Nico Krisch e Richard B. Stewart (2023).

A sociedade civil, os grupos econômicos e as autoridades estatais precisam criar este espaço comum para a tomada de decisão, especialmente, porque, nos dias de hoje, as decisões sobre novas tecnologias normamente interessam a toda a humanidade. A solução para um conflito oriundo de uma novidade tecnológica não pode depender das virtudes ou vicissitudes de um dado órgão estatal. Neste tema, precisamos evoluir, a fim de que as decisões sobre matérias de interesse da comunidade mundial ostentem uma legitimidade democrática global.

13 Constituição da República: Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

4. DELIMITAÇÃO OBJETIVA DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL

A atuação do homenageado no aprimoramento da judicialização da saúde e da autocontenção judicial, dois temas muito caros ao Direito Administrativo, também é marcante. No exercício da jurisdição constitucional nessa matéria, o Ministro Barroso tem procurado aproximar o que é teoricamente defensável da realidade.

A análise dos argumentos lançados pelo Ministro Luís Roberto Barroso em decisões sobre o direito à saúde nos permite concluir, por exemplo, que sua visão é simultaneamente humanista e atenta às dificuldades orçamentárias do estado brasileiro.

Um processo de extrema relevância sobre o tema da judicialização da saúde que teve o homenageado como redator do acórdão foi o RE 657.718 (BRASIL, 2019.c). Nele, o que se debatia nos autos era a existência do dever do Estado de fornecer, em virtude de uma decisão judicial, medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). A tese assentada foi a seguinte:

1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais.
2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial.
3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido de registro (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.
4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União.

A leitura dos parâmetros acima nos leva a algumas conclusões. Em primeiro lugar, o Poder Judiciário não pode vulgarizar a liberação de medicamentos que ainda não foram registrados na agência reguladora com competência para tanto. O contrário esvaziaria o sentido da existência dessas autarquias de regime especial. Em segundo lugar, o fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA pelo Poder Judiciário é uma medida excepcional, que fica condicionada à existência de mora administrativa na apreciação do pedido. Em terceiro lugar, o pedido de registro precisa ter sido feito à ANVISA, o medicamento deve ter registro em renomadas agências

do exterior e não pode existir substituto terapêutico no Brasil. Há, assim, uma nítida preocupação do Ministro Barroso com a autocontenção do Poder Judiciário, a fim de evitar que juízes se tornem administradores públicos da área da saúde ou verdadeiros médicos.

A fixação desses requisitos estabelecidos na tese do RE 657.718 é extremamente relevante, pois sinaliza, tanto para as partes de um processo quanto para o sistema de justiça como um todo, o caráter excepcional da função jurisdicional, inclusive em matéria de saúde pública. E, diante do rigor e clareza dos parâmetros estabelecidos, o resultado de uma ação judicial torna-se mais previsível. Mais um exemplo, portanto, de concretização na jurisdição constitucional daquilo que é defendido na teoria. Daniel Wang, a título de ilustração, questiona, a nosso sentir acertadamente e na mesma linha que a defendida pelo homenageado, a excessiva judicialização da saúde e aponta seus efeitos deletérios, nos seguintes termos:

A judicialização gera um gasto muito difícil de planejar, com custos de oportunidade enormes e crescentes, suportados pelos outros usuários do SUS. O orçamento da saúde não consegue acompanhar a expansão dos gastos ordenados pelo Judiciário, e o custo da judicialização espreme os recursos para outras ações e serviços de saúde, como assistência farmacêutica, assistência médico-hospitalar, atenção primária, medidas preventivas etc. Essa grande realocação de recursos dentro do orçamento do SUS tem implicações na equidade em saúde. (2021, p. 853)

Em outro processo, vale dizer, no RE 566.471, em que a controvérsia se referia ao dever do estado de fornecer medicamentos de alto custo, o Ministro Barroso também lançou um voto alinhado com sua posição já adotada no RE 655.718.¹⁴ Naquele recurso, o homenageado sugeriu, em forma de tese, parâmetros objetivos para o surgimento do excepcional dever estatal de fornecimento de medicamentos de alto custo (BRASIL, 2007).¹⁵ A análise dos critérios empregados pelo Ministro Barroso torna possível visualizar a essência do pensamento do homenageado no tema, que: i) adota, mais uma vez, uma postura de autocontenção judicial, evitando que

14 No momento em que escrevemos este artigo, o julgamento do RE 566.471 ainda não havia sido concluído.

15 EMENTA. SAÚDE - ASSISTÊNCIA - MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO - FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controvérsia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo. (...) e do **voto do Ministro Roberto Barroso, que fixava a seguinte tese:** “O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos: (i) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União, que é a entidade estatal competente para a incorporação de novos medicamentos ao sistema. Ademais, deve-se observar um parâmetro procedimental: a realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde tanto para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento, quanto, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS”, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes. Plenário, Sessão Virtual de 21.8.2020 a 28.8.2020. (Grifamos)

o Judiciário substitua a Administração Pública; ii) parte da premissa de que os recursos públicos não são ilimitados, e que, por essa razão, existiria a necessidade de demonstração, pelo paciente, de sua incapacidade financeira, e iii) propõe um diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e as autoridades e profissionais da área de saúde como forma de estimular a decisão administrativa sobre a incorporação do medicamento no âmbito do SUS.

Os critérios sugeridos pelo homenageado em seu voto são acertados e contribuem para o avanço na forma como o problema da judicialização da saúde pode ser enfrentado. Materializa-se, com esse encaminhamento, o que é predominantemente proposto na literatura, evitando-se a crença em sonhos inalcançáveis em um país com sérias dificuldades orçamentárias. Nesse ponto, uma maior autocontenção judicial acompanhada de um diálogo interinstitucional para o empoderamento da Administração Pública são soluções que efetivamente resolvem problemas e diminuem o vão entre o ideal e o real.

5. ENSINO RELIGIOSO NAS ESCOLAS PÚBLICAS: O CASO DA ADI 4.439

No julgamento da ADI 4.439 (BRASIL, 2018.b), da relatoria do Ministro Roberto Barroso, o STF teve de se pronunciar a respeito da constitucionalidade do art. 33, §1º e 2º, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional¹⁶ e do art. 11, §1º, do Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil aprovado por meio do Decreto Legislativo nº 698/2009 e promulgado pelo Decreto nº 7.107/2010.¹⁷ A controvérsia se referiu especificamente à possibilidade de as escolas públicas adotarem o ensino confessional de matrícula facultativa.

A maioria dos Ministros do STF votou pela improcedência do pedido e reconheceu ser correta a interpretação de que os dispositivos impugnados permitiam que as escolas públicas adotassem o ensino religioso confessional (aquele que professa uma religião específica com o objetivo de angariar novos fiéis), desde que a matrícula dos alunos na aludida disciplina fosse

16 Art. 33. O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo.

§ 1º Os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores.

§ 2º Os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos do ensino religioso.

17 Artigo 11. A República Federativa do Brasil, em observância ao direito de liberdade religiosa, da diversidade cultural e da pluralidade confessional do País, respeita a importância do ensino religioso em vista da formação integral da pessoa.

§1º. O ensino religioso, católico e de outras confissões religiosas, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, em conformidade com a Constituição e as outras leis vigentes, sem qualquer forma de discriminação.

facultativa. A posição do relator ficou vencida, mas o julgamento foi apertado (seis a cinco).¹⁸

Em seu voto vencido, o Ministro Barroso defendeu a necessidade de se interpretar as normas questionadas conforme à Constituição, de maneira que o ensino religioso em escola pública não fosse confessional. Na sua fundamentação, destacou que:

(...) há três problemas - na tese de que é possível o ensino religioso confessional – de identificação entre o Estado e Igreja. O primeiro: o espaço público, que é a sala de aula, estaria sendo cedido para a pregação de uma religião específica. Em segundo lugar, o segundo momento de identificação proibida entre Estado e religião é o de permitir que professores sejam admitidos como representantes das religiões, porque, de novo, há uma identificação entre o Estado e a Igreja, porque alguém admitido pelo Estado é um servidor público e um servidor público representa o Estado ou apresenta o Estado, como se prefira. E, em terceiro lugar, haveria o problema de o Estado remunerar este professor representante de uma confissão religiosa. Portanto, com todo o respeito por quem tenha convicção diferente, o ensino religioso confessional viola a laicidade porque identifica Estado e Igreja, o que é vedado pela Constituição (BRASIL, 2018.b, p. 12-13).

Além desses três obstáculos constitucionais acima, o voto do Ministro Barroso é o que, considerada a realidade orçamentária do estado brasileiro, torna viável o ensino religioso nas escolas públicas com atenção ao pluralismo e ao direito das minorias. E esse aspecto não passou despercebido pelo Ministro Barroso em seu voto, *in verbis*:

De acordo com o novo mapa das religiões, elaborado pela Fundação Getúlio Vargas com base em dados do IBGE, existem, no Brasil, 140 denominações religiosas identificadas. É materialmente impossível que a escola pública, respeitando a igualdade das religiões, ofereça condições para que 140 religiões diferentes e alternativas sejam ministradas dentro das salas de aula. Logo, algumas religiões terão que ser favorecidas. O que acontecerá, como dito da tribuna, será o favorecimento das religiões majoritárias. Ora, qualquer política pública ou qualquer interpretação

18 Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, vencidos os Ministros Roberto Barroso (Relator), Rosa Weber, Luiz Fux, Marco Aurélio e Celso de Mello. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli, que proferiu voto em assentada anterior. Redator para o acórdão o Ministro Alexandre de Moraes. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 27.9.2017. Trecho da ementa do julgado: “7. Ação direta julgada improcedente, declarando-se a constitucionalidade dos artigos 33, caput e §§ 1º e 2º, da Lei 9.394/1996, e do art. 11, § 1º, do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé, relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, e afirmando-se a constitucionalidade do ensino religioso confessional como disciplina facultativa dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental”.

que favoreça uma religião, mesmo que majoritária, quebra a neutralidade do Estado nessa matéria. Portanto, o ensino religioso confessional é incompatível com a laicidade também pela impossibilidade de preservação da neutralidade do Estado em relação às religiões (BRASIL, 2018.b, p. 13).

A Administração Pública tem, por imperativo constitucional, a missão de garantir o ensino público gratuito e o pluralismo de ideias por meio de uma gestão democrática.¹⁹ O Brasil possui mais de cinco mil entes da federação e cada um tem suas escolas. E uma grande virtude de nosso país é que temos uma vasta variedade cultural e, em especial, de identidade religiosa. Pesquisa realizada pelo DATAFOLHA chegou à conclusão de que os brasileiros se identificam proporcionalmente com as seguintes religiões: i) Católica: 50%, ii) Evangélica: 31%, iii) Espírita: 3%, iv) Umbanda, candomblé ou outras religiões afro-brasileiras: 2%, v) Outra: 2%, vi) Não tem religião: 10%, vii) Ateu: 1%, e viii) Judaica: 0,3% (G1, 2023.a).

Em um cenário como este, em que há uma larga variedade de religiões e 2% da população brasileira adota uma “outra religião” distinta daquelas que são predominantes, a solução proposta pelo homenageado em seu voto da ADI 4.439 é a que melhor tem condições de reduzir o vão entre o que se defende na teoria (liberdade de religião, pluralismo cultural e laicidade do Estado) e a realidade. As escolas públicas brasileiras não conseguem remunerar adequadamente seus professores²⁰ e nem mesmo contratá-los para todas as disciplinas. Adotando-se o ensino confessional na rede pública, tal como foi reconhecido pelo STF, cada escola pública passaria a, em tese, ter de oferecer aos seus alunos uma aula confessional para cada escolha religiosa pessoal, e, ainda, assegurar, aos que não possuem uma religião específica e aos ateus, o direito de terem aulas sobre essa dimensão do conhecimento.

Na prática, e com todo respeito que a posição vencedora no STF merece, as escolas públicas brasileiras não terão condições de garantir a todos os seus alunos o direito de escolher uma disciplina de sua religião específica. A posição defendida pelo autor, e acompanhada pelos Ministros Rosa Weber, Luiz Fux, Marco Aurélio e Celso de Mello, possibilita, por sua vez, que uma escola pública tenha uma única disciplina religiosa de natureza não confessional. Uma aula em que um único professor pode ensinar valores universais comuns a todas as religiões, e de maneira a, também, respeitar ateus e os que não possuem uma religião específica. A posição vencedora exige em tese, todavia, da Administração Pública algo que apenas

19 A Constituição da República trata do tema em variadas passagens: em seu art. 6º apresenta o direito à educação como um direito social, no seu art. 205 predica que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, em seu art. 206 incisos III e IV, assegura o direito ao pluralismo de ideias e a gratuidade do ensino em estabelecimentos oficiais.

20 Segundo dados do INEP referentes ao ano de 2020, os professores da rede pública estadual recebem mensalmente por uma jornada de 40 horas semanais, em média, R\$4.947 e na rede pública municipal R\$4.897. Cerca de mil dólares norte-americanos por mês (G1, 2023.b).

muito excepcionalmente será viável na prática: o ensino confessional para todas as religiões dos alunos. Em lugar de um único professor, uma escola pública, ainda que diminuta, terá de, em tese, oferecer tantas aulas de ensino confessional quantas forem as escolhas religiosas dos seus estudantes.

É insatisfatório eventual argumento de que a escola pública não estaria obrigada a, por força da decisão do STF, oferecer tantas disciplinas religiosas quantas fossem as escolhas religiosas de seus alunos, e também insuficiente o raciocínio de que ela, consoante referido *decisum*, só não poderia obrigá-los a se matricular na aula de religião. Seria uma compreensão que desconsidera os aspectos constitucionalmente mais relevantes do tema, pois, neste caso, não teríamos a promoção da igualdade de condições e o pluralismo de ideias no ensino público (art. 206, I e III, da CRFB). Esses valores não são respeitados quando, na prática, um aluno pode optar por ter aula de sua devoção específica e outro, por pertencer a uma religião com menos adeptos, dificilmente terá esta oportunidade, porque a escola não terá estrutura para tanto. Muito provavelmente o que ocorrerá no cotidiano das escolas públicas será o oferecimento de uma ou duas aulas de religiões específicas que tenham o maior número de fiéis, o que é indesejável.

O fato de um aluno do ensino público poder escolher se frequentará ou não a disciplina de ensino religioso confessional de sua fé disponibilizada pela escola não é suficiente como solução constitucional. É que essa facultatividade não proporciona uma igualdade de tratamento com aquele aluno que, por circunstâncias da vida, não teve esta oportunidade de escolha, em razão de ser devoto de uma religião brasileira com menos seguidores. Quando um estudante de uma religião menos difundida escolhe não participar de uma aula de religião, porque ela é confessional, mas de doutrina diversa da sua, isso não o coloca no mesmo patamar de ensino do aluno que pode frequentar aulas sobre sua religião específica, porque ela lhe foi oferecida. Por essa razão, a facultatividade assegurada ao estudante não resolve o problema e torna maior o vão entre o que se defende na teoria (pluralismo religioso, laicidade estatal, liberdade de aprender e igualdade de condições na escola) e a prática (oferecimento de uma ou duas classes de ensino religioso confessional prestigiando as religiões seguidas por um maior número de alunos).

A posição sustentada pelo homenageado em seu voto, portanto, serve de exemplo de uma abordagem do Direito capaz de aproximar o mundo platônico do aristotélico, tornando concreto o desenvolvimento econômico e social do Brasil com uma visão humanitária e plural da sociedade. Nesse sentido, o pensamento de Immanuel Kant quando chama atenção para o fato de que “*se exige também entre a teoria e a prática um membro intermediário que faça a união e a passagem de uma para a outra*” (2015, p. 11).²¹ E isso é tão ou

21 No original “*se exige también entre la teoría y la práctica un miembro intermediario que haga enlace y el pasaje de la una a la otra*”.

mais importante que o próprio desenvolvimento da teoria, especialmente porque *“tudo o que é, de acordo com a moral, correto para a teoria também terá de valer para a prática”* (KANT, 2015, p. 245).²² Uma construção teórica, considerada isoladamente e dissociada da realidade, perde sua relevância se não for dotada de mecanismos efetivos para ser implementada. A abordagem científica do papel dos princípios da Administração Pública, tais como o da moralidade e da eficiência, com um olhar atento para as medidas a serem adotadas para a sua concretização é, portanto, um fenômeno que prestigia as valiosas lições de Kant acima mencionadas, no sentido de que o intervalo entre o abstrato e o concreto deve ser estreitado e aquilo que se legitima na teoria também deve valer para o mundo real.

CONCLUSÃO

O Direito Administrativo contemporâneo evoluiu horizontal e verticalmente em relação ao seu cardápio temático do século XX. Tornou-se mais complexo e desafiador. Um amadurecimento capaz de, irmanado com o Direito Constitucional, estimular o pleno desenvolvimento de um país.

O Direito Administrativo brasileiro tem acompanhado as mais profundas transformações do Estado brasileiro com louvor. E a ampliação do seu escopo ao longo dos anos, em conjunto com a sua elasticidade, permitiram que ele acompanhasse grande parte das demandas da pós-modernidade. Atualmente, contudo, outros grandes desafios se apresentam para referida disciplina: o de não se distanciar do mundo criado pela Quarta Revolução Industrial e o de perceber o contundente impacto das inovações disruptivas nos institutos jurídicos tradicionais. Esta nova fase demanda um olhar do Direito Administrativo também para fora das fronteiras do Estado-nação. E não é recomendável esperar muito para a concretização de novas ideias e conceitos já desenvolvidos pela academia. O trem que hoje em dia passa é de alta velocidade e não espera muito na plataforma. Deixa para trás – em todos os aspectos – a sociedade que demora no esforço de encurtar o vão entre o mundo das ideias e o real.

Ao longo do texto, abordamos três temas específicos que têm em comum o fato de contarem com a expressiva contribuição do homenageado Ministro Luís Roberto Barroso na jurisdição constitucional para a redução da distância entre o que é sustentado no campo das ideias e a realidade brasileira: i) o caso do Uber; ii) o tema da judicialização da saúde, e iii) o ensino religioso nas escolas públicas.

O caso do Uber julgado pelo STF é um autêntico exemplo de como as inovações disruptivas estão sendo incorporadas pelos países mais

22 No original *“todo lo que en la moral es correcto para la teoría también tiene que valer para la práctica”*.

recentemente. Não há tempo hábil para leis locais e nem mesmo para a formalização de tratados sobre essas matérias que, nitidamente, são de interesse transnacional. E isso faz com que o Poder Judiciário brasileiro, em especial o STF, assuma um protagonismo na construção de soluções que tradicionalmente não lhe cabiam. A escolha sobre a adoção ou não de uma nova tecnologia por um país que seja capaz de destruir criativamente modelos de negócios já consolidados e que tenha repercussão internacional reclama a adoção de um procedimento decisório plural, transnacional e que conte com a participação de todos os atores envolvidos: autoridades estatais, grandes corporações, organizações não governamentais, consumidores etc.

Daí a relevância de se dispensar uma devida atenção para o Direito Administrativo Global e para as ideias que são defendidas por esta nova disciplina que aposta, dentre outras coisas, na formação de uma rede transnacional de regulação.

No que concerne especificamente à abordagem do texto à judicialização da saúde, ela é feita para demonstrar a expressiva contribuição do Ministro Barroso na evolução dessa matéria. O homenageado revelou, em tese por ele proposta no STF, sua preocupação com o estabelecimento de regras capazes de incentivar a tão almejada autocontenção judicial. A criação de parâmetros objetivos e rigorosos para que o Estado seja obrigado a fornecer medicamentos por decisão judicial evita o cenário do tipo “tudo para todo mundo” e confere racionalidade à matéria ao evitar custos de transação para os demais atores do SUS. Concilia-se, assim, a necessidade de o fornecimento pelo Estado de medicamentos não registrados na ANVISA ser excepcional com o necessário empoderamento da Administração Pública para a tomada desse tipo de decisão.

Noutro giro, no litígio envolvendo a controvérsia sobre a constitucionalidade do ensino religioso nas escolas públicas, e particularmente, se ele poderia ser ou não confessional, a tese defendida pelo Ministro Barroso, e que nos parece mais acertada, ficou vencida, muito embora tivesse sido acompanhada por outros quatro Ministros. Nela há firme defesa, no sentido de que o texto constitucional impõe ao Estado uma atuação laica e plural em matéria de liberdade religiosa. Considerando-se a variedade de religiões existentes no nosso país, bem como a precária situação do ensino público brasileiro, que impossibilita a contratação de um professor para ensinar sobre cada religião existente, a única alternativa para o ensino religioso é a de que ele não seja confessional. Por mais uma vez, o homenageado procurou reduzir o largo vão existente entre o que se defende no campo das ideias (pluralismo, laicidade estatal e liberdade religiosa) e a realidade (precariedade da estrutura do ensino público brasileiro e impossibilidade de cada aluno de escola pública ter o direito ao ensino religioso confessional de sua fé específica).

Em conclusão, percebe-se, com esta pesquisa alicerçada em decisões oriundas do STF, que referido tribunal tem sido um dos protagonistas

na implementação concreta daquilo que a academia considera relevante do ponto de vista teórico para a construção de um Estado de Direito permeado por valores como a tutela de direitos humanos, o respeito à democracia, à autonomia da vontade e à livre iniciativa. A jurisdição constitucional está, assim, viabilizando a transformação do Estado e da sociedade à luz da incorporação das novas ideias e institutos desenvolvidos no âmbito do Direito Administrativo contemporâneo. Uma abordagem focada em tornar real o que, na perspectiva teórica do Direito Público, contribuirá para conciliar o necessário desenvolvimento econômico e social com a proteção dos direitos humanos em um ambiente republicano e democrático.

Nessas circunstâncias, o papel da doutrina do Direito Administrativo deve continuar a ser o de apresentar soluções, desconstruir institutos superados e promover o avanço teórico. Se a teoria não for implementada, a responsabilidade não pode ser atribuída a quem defendeu as ideias, mas é extremamente oportuno, para a aceleração do processo civilizatório de um país, que o desenvolvimento teórico do Direito Administrativo tenha esse olhar e desejo sincero de se transformar em realidade. E a jurisdição constitucional já provou ser um bom caminho para se chegar a este desejável resultado.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. O princípio da interdependência das instâncias punitivas e seus reflexos no Direito Administrativo Sancionador. In: *Revista Jurídica da Presidência Brasília* v. 23 n. 131 Out. 2021/Jan. 2022 p. 629-653. <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2022v23e131-1875>.

_____. *O Princípio da Proteção da Confiança*. Uma Nova Forma de Tutela do Cidadão Diante do Estado. 2ª edição. Editora Impetus, 2016.

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1995.

BADIN, Michelle Ratton Sanchez. El Proyecto Derecho Administrativo Global: Una Reseña desde Brasil. Octubre 2008. *Revista de Derecho Público*, v. 24. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. *A República que ainda não foi*: Trinta anos da Constituição Brasileira na visão da escola de direito. Salvador: Fórum, 2018.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

_____. Osório, Aline. Democracia, Crise Política e Jurisdição Constitucional: o Protagonismo da Suprema Corte do Brasil. Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro - PGE-RJ, Rio de Janeiro, v. 1, n.1, mai./ago. 2018, ps. 1-18.

BARROSO, Luna van Brussel. *Liberdade de Expressão e Democracia na Era Digital*. Salvador: Fórum, 2022.

BENVENISTI, E. *Public Choice and Global Administrative Law: Who's Afraid of Executive Discretion?* IILJ Working Paper 2004/3

BERMAN, A. *The Role of Domestic Administrative Law in the Accountability of Transnational Regulatory Networks: The Case of the ICH*. IRPA GAL Working Paper 2012/1.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 3ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar: 2014.

BRASIL. Presidência da República. *PLANO DIRETOR DA REFORMA DO APARELHO DO ESTADO*. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>. Acesso em: 08 de outubro de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *REsp 1.884.483 / PR*, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Data do Julgamento: 23/11/2021, Data da Publicação/Fonte: REPDJe 02/02/2022, DJe 16/12/2021. 2021.a

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). *REsp 1.819.075 / RS*, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Relator para Acórdão: Ministro Raul Araújo, Data do Julgamento: 20/04/2021, Data da Publicação/Fonte: DJe 27/05/2021. 2021.b

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *RE 566.471 RG*. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 15/11/2007. Publicação: 07/12/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *RE 631.240*. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento: 03/09/2014. Publicação: 10/11/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *ADI 907*. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Redator do acórdão: Min. Roberto Barroso. Julgamento: 01/08/2017. Publicação: 24/11/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *ADI 451/RJ*, rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 1º.8.2017. Publicação: 09/03/2018. 2018.a

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *ADI 4.439*. Relator: Min. Roberto Barroso, Redator do acórdão: Min. Alexandre de Moraes, Julgamento: 27/09/2017, Publicação: 21/06/2018. 2018.b

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *RE 1.054.110/SP*, rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 8 e 9.5.2019. Julgamento: 09/05/2019. Publicação: 06/09/2019. 2019.a

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *ADPF 449/DF*, rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 8 e 9.5.2019. Julgamento: 08/05/2019. Publicação: 02/09/2019. 2019.b

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *RE 657.718/MG*, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgamento em 22.5.2019. Publicação: 25/10/2019. 2019.c

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *ADI 5501*. Relator: Min. Marco Aurélio. Sessão Virtual de 16.10.2020 a 23.10.2020. Julgamento: 26/10/2020. Publicação:1º/12/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *ADI 5.399/SP*, relator Min. Roberto Barroso, julgamento em 09.6.2022. Publicação: 07/12/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *ADI 6.191/SP*, relator Min. Roberto Barroso, julgamento em 9.6.2022. Publicação: 19/09/2023. 2023.a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *ADI 5.549*, Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento: 29/03/2023. Publicação: 1º/06/2023. 2023.b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *ADI 6.270*, Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento: 29/03/2023. Publicação: 1º/06/2023. 2023.c

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. *Curso de Direito Urbanístico*. Salvador: Juspodium, 2015.

CASSESE, S., CAROTI, B., CASINI, L., MACCHIA, M.; MACDONALD, E., SAVINO, M. (2008). *Global administrative law: cases, materials, issues*. IRPA/IIIJ.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2022* - Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2022.

DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais*. 3º Edição. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2021.

FUX, Luiz; MARTINS, Humberto; ARAUJO, Valter Shuenquener de (Coordenadores). CHINI, Alexandre; GABRIEL, Anderson de Paiva; PORTO, Fábio Ribeiro (Organizadores). *O Judiciário do Futuro. Justiça 4.0 e o processo contemporâneo*. São Paulo: *Thompson Reuters-Revista dos Tribunais*, 2022. ISBN: 978-65-5991-133-2, 498 páginas.

G1. 50% dos brasileiros são católicos, 31%, evangélicos e 10% não têm religião, diz *Datafolha*. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/01/13/50percent-dos-brasileiros-sao-catolicos-31percent-evangelicos-e-10percent-nao-tem-religiao-diz-datafolha.ghtml>. Acesso em: 13/08/2023. 2023.a.

G1. *Quanto ganha o professor?* Cidades vão do desrespeito ao piso até salário de R\$ 19 mil; veja valor onde você mora. Disponível em: <https://g1.globo.com/educacao/noticia/2023/08/12/quanto-ganha-o-professor-cidades-va-do-desrespeito-ao-piso-ate-salario-de-r-19-mil-veja-onde-voce-mora.ghtml>. Acesso em: 13/08/2023. 2023.b.

GARCIA, Flávio Amaral. *A Mutabilidade nos Contratos de Concessão*. 2ª Edição. Bahia: Juspodium, 2023.

GRABOSKY, Peter. Meta-regulation. In: *Regulatory Theory: Foundations and applications*, ps. 149-161. Canberra: Australian National University Press, 2017.

GRAU, Eros Roberto Grau. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 20ª edição. Bahia: Juspodium, 2023.

JONES, Charnell. *Administrative Law: A Research Paper on Government in the Sunshine Act*. ebookKindle, 2011.

JORDÃO, Eduardo; CUNHA, Luiz Phillippe. *Revisão do estoque regulatório: a tendência de foco na análise de impacto regulatório retrospectiva*. Int. Públ. – IP, Belo Horizonte, ano 22, n. 123, p. 227-255, set./out. 2020.

KANT, Immanuel. Teoría y Praxis. *Livro digital*. Editorial Fuego Azul: Espanha, 2015.

KINGSBURY, Benedict, KRISCH, Nico, STEWART, Richard B. *The Emergence of Global Administrative Law*. Disponível em: <http://law.duke.edu/journals/lcp>. Acesso em: 14 de junho de 2023.

MARRARA, Thiago (Coord.); GONZÁLEZ, Jorge Agudo (Coord). *Controles da Administração e Judicialização de Políticas Públicas*. São Paulo: Almedina, 2016.

MOTTA, Fabrício (Coord.), VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). Governo Digital e a Busca por Inovação na Administração Pública: *A Lei N° 14.129*, de 29 de Março de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 2008.

PAINEL DE GRANDES LITIGANTES DO CNJ. Disponível em: <https://grandes-litigantes.stg.cloud.cnj.jus.br/>. Acesso em: 14/08/2023.

POSNER, Richard A. *Law, Pragmatism, and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

_____. Liberdade Econômica e Limites Constitucionais à Regulação dos Serviços Privados de Transporte. *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 23, n. 3, p. 105-125, set/dez, de 2018.

WANG, D. W. L. (2021). REVISITANDO DADOS E ARGUMENTOS NO DEBATE SOBRE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE. *REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS*, 7(2), 849–869. <https://doi.org/10.21783/rei.v7i2.650>.

WENDLAND, Matthias (Coord.), EISENBERGER, Iris (Coord.), NIEMANN, Rainer. *Smart Regulation: Theorie Und Evidenzbasierte Politik*. Heidelberg: Mohr Sibeck, 2023.

Recebido em: 23/04/2023
Aprovado em: 26/10/2023

ACCESO DE LOS INDÍGENAS A LA JUSTICIA: APORTES DE LA CORTE INTERAMERICANA Y DEL CONSEJO NACIONAL DE JUSTICIA BRASILEÑO

INDIGENOUS ACCESS TO JUSTICE: CONTRIBUTIONS FROM THE INTER-AMERICAN COURT AND THE BRAZILIAN NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE

Ana Maria D'ávila Lopes¹

RESUMEN: Introducción. 1. El Acceso de Los Indígenas a la Justicia. 2. Aportes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 3. Aportes del Consejo Constitucional de Justicia Brasileño. Conclusión. Referencias

¹ Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Atualmente é professora titular do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional (Mestrado/Doutorado) da Universidade de Fortaleza - UNIFOR.

RESUMEN: Durante siglos, la diversidad no apenas no fue valorizada como una característica inherente de la humanidad, sino que fueron construidas teorías y elaboradas normas para excluir todo aquel que no se encuadraba en el modelo de ser humano considerado “ideal” (hombre blanco adulto, de cultura europea, heterosexual, saludable y propietario). Es con base a esa idealización que los indígenas fueron discriminados y tuvieron muchos de sus derechos limitados. Los últimos años, esa situación viene siendo revertida, permitiendo encontrar diversos documentos jurídicos y jurisprudencia direccionados a proteger la diversidad humana. En ese contexto, el presente artículo busca destacar las contribuciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) y del Consejo Nacional de Justicia (CNJ) brasileño para garantizar la protección efectiva del derecho de los indígenas al acceso de la justicia, dada su esencialidad para proteger otros derechos. De ese modo, mediante una investigación doctrinaria, legislativa y jurisprudencial, se constató que la violencia contra los indígenas continúa siendo una marca en muchos Estados latinoamericanos, como el brasileño, donde la violencia se recrudece todos los años. Fueron también identificadas las contribuciones de la CorteIDH y del CNJ para garantizar el efectivo ejercicio del acceso a la justicia a los indígenas, en cuanto instrumento fundamental para la defensa de derechos. Al final, se concluyó que la garantía del acceso a la justicia constituye pilar fundamental de todo Estado que se autoproclame como un Estado de Derecho, siendo esencial para reversión de la situación de desigualdad en la cual los indígenas brasileños se encuentran.

PALABRAS CLAVE: Indígenas; Acceso a la Justicia. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Consejo Nacional de Justicia. Discriminación.

ABSTRACT: For centuries, diversity was not only not valued as an inherent characteristic of humanity, but theories were constructed, and norms were elaborated to exclude all those who did not fit into the model of human being considered “ideal” (adult white man, of European culture, heterosexual, healthy and owner). It is based on this idealization that the indigenous were discriminated and had many of their rights limited. In recent years, this situation has been reversed, allowing to find various legal documents and jurisprudence aimed at protecting human diversity. In this context, this article seeks to highlight the contributions of the Inter-American Court of Human Rights (IA CourtHR) and the Brazilian National Council of Justice (NCJ) to guarantee the effective protection of the right of indigenous people to access justice, given its essentiality to protect other rights. In this

way, through a doctrinal, legislative, and jurisprudential investigation, it was verified that violence against indigenous people continues to be a mark in many Latin American States, such as Brazil, where violence intensifies every year. The contributions of the IACourtHR and the NCJ were also identified to guarantee the effective exercise of access to justice for indigenous people, as a fundamental instrument for the defense of rights. In the end, it was concluded that the guarantee of access to justice constitutes a fundamental pillar of any State that proclaims itself as a Rule of Law, being essential for reversing the situation of inequality in which Brazilian indigenous people are.

KEYWORDS: Indigenous; Access to Justice. Inter-American Court of Human Rights. National Council of Justice. Discrimination

INTRODUCCIÓN

La violencia contra los pueblos indígenas no es un problema reciente, sino que se remonta a la llegada de los colonizadores, los cuales provocaron un verdadero etnocidio contra los pueblos originarios de la región, como consecuencia del menosprecio de la diversidad cultural. Es una violencia de más de 500 años que no ha terminado, sino que permanece presente, vulnerando derechos esenciales como el acceso a la justicia, agravando, aún más, su situación de exclusión.

En ese contexto, el objetivo del presente trabajo es destacar las contribuciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) y del Consejo Nacional de Justicia (CNJ) Derecho brasileño para la protección efectiva del acceso de los indígenas a la justicia, por medio de la formulación de medidas concretas destinadas a revertir la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran.

Con esa finalidad, fue realizada una investigación en la doctrina, legislación y jurisprudencia nacional e internacional, cuyo análisis fue realizado usando el método deductivo para la doctrina y el método inductivo para la legislación y la jurisprudencia. De ese modo, el trabajo comienza abordando el acceso de los indígenas a la justicia, con base en el análisis de diversos documentos internacionales. Seguidamente, son expuestos los aportes de la CorteIDH, cuya jurisprudencia es muy rica sobre el asunto. Finalmente, son destacadas dos normas brasileñas, aprobadas por el CNJ, que, por medio de la formulación de medidas concretas, buscan contribuir para la reversión de la situación de vulnerabilidad de los indígenas en el ámbito jurisdiccional.

Se espera, a través del presente trabajo, divulgar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las Resoluciones no 287/2019 y no 454/2022 del Consejo Nacional de Justicia brasileño, para que internamente alcancen una mayor aplicación e, internacionalmente, puedan

servir de ejemplo, a fin de contribuir con la difícil, pero irrenunciable tarea, de garantizar la efectividad de los derechos humanos de los indígenas.

1. EL ACCESO DE LOS INDÍGENAS A LA JUSTICIA

Nada hay más rico que la diversidad humana. Así como no hay dos seres humanos iguales, no hay dos sociedades iguales. Es un hecho que fue históricamente menospreciado por grupos humanos que se consideraron superiores a otros, sea por motivos de raza, sexo, cultura, religión, nacionalidad, etc., y que estructuraron jerárquicamente la sociedad, negando el ejercicio de derechos a todos los que no reunían las características por ellos valorizadas.

La historia está llena de ejemplos de ese pensamiento, siendo el más emblemático, por su repercusión, el genocidio de judíos perpetrado por los nazistas durante la Segunda Guerra Mundial. Fue a partir de los horrores cometidos en ese período que la humanidad se concientizó de la necesidad de elaborar documentos internacionales de reconocimiento y protección de los derechos de todos los seres humanos, aprobando la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

Paulatinamente, otros documentos de valorización y protección de la diversidad fueron aprobados. Así, en 1966, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) aprobó el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, en cuyo artículo 27 se establece la protección de los miembros de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas (ONU, 1966). Un momento aún más significativo fue cuando, también la ONU, aprobó en 1992 la “Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas” que, a pesar de no tener efecto vinculante, es hoy el más importante documento internacional destinado exclusivamente a la protección de las minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, proclamando, en el artículo 1, la obligación de los Estados de proteger la existencia y la identidad de las minorías presentes en sus territorios, así como de adoptar los mecanismos necesarios para alcanzar esos objetivos (ONU, 1992). A esos documentos se adiciona la “Declaración Universal de la Diversidad Cultural” aprobada por la Organización das Naciones Unidas para la Educación, Ciencia y Cultura (UNESCO), en 2001, donde, en el artículo 4, se proclama que: “La defensa de la diversidad cultural es un imperativo ético, inseparable del respeto por la dignidad de la persona humana. Ella supone el compromiso de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular los derechos de las personas pertenecientes tanto a minorías como a pueblos autóctonos [...]” (UNESCO, 2001), sin ningún tipo de discriminación.

Es en el artículo 1.1 de la “Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial”, adoptada por la ONU en 1965, que encontramos una clara definición de discriminación:

Artículo 1.1. En la presente Convención la expresión “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública (ONU, 1965).

Es oportuno aclarar que lo que debe ser combatido no es la diferencia entre los seres humanos, sino la desigualdad, de la cual deriva la discriminación. Herrera Flores (2010) enseña que lo opuesto a la igualdad no es la diferencia, sino la desigualdad. Los seres humanos son naturalmente diferentes y por eso deben ser tratados de forma diferente, pero siempre que ello no provoque su desigualdad, ni los coloque en una situación de desventaja. Lo que se debe buscar, por lo tanto, no es la homogenización humana, sino la equiparación de derechos. Equiparación que no debe limitarse a la positivación de derechos, sino garantizar su pleno ejercicio (LOPES, 2022).

Específicamente sobre los pueblos indígenas, tema de este trabajo, el reconocimiento a la pluriculturalidad indígena se encuentra expresamente prevista en el artículo 5 del Convenio Internacional sobre Pueblos Indígenas y Tribales no 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) aprobado en 1989 (OIT 1989), así como en el preámbulo de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 (ONU, 2007).

En el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (SIDH), se destaca la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, de 2016 (OEA, 2016), que, en el artículo 2, proclama que “Los Estados reconocen y respetan el carácter pluricultural y multilingüe de los pueblos indígenas, quienes forman parte integral de sus sociedades”.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana Derechos Humanos (CorteIDH) es muy rica sobre ese asunto. Una de las primeras decisiones en la cual se determinó que los Estados debían tratar de forma diferenciada a los pueblos indígenas, en respeto a su pluriculturalidad, fue el Caso de la Comunidad Indígena Yakyé Axa vs. Paraguay, de 17 de junio de 2005 (CORTEIDH, 2005).

51. [...] Sin embargo, hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural. El mismo razonamiento debe aplicar la Corte, como en efecto lo hará en el presente caso, para valorar

el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana, cuya violación la Comisión y los representantes imputan al Estado.

Una de esas medidas es, sin duda, garantizar el acceso efectivo a la justicia, tradicionalmente definido como el derecho que toda persona tiene de acudir al Poder Judicial para la solución de sus conflictos jurídicos y consecuente defensa de sus derechos. Es un derecho que, como enseña Cançado Trindade, no se reduce a su aspecto formal, sino que implica la plena realización de la justicia (2012, p. 297-298):

no se reduce al acceso formal, *stricto sensu*, a la instancia judicial (tanto interna como internacional), sino comprende, además, el derecho a la prestación jurisdiccional, y encuéntrase subyacente a disposiciones interrelacionadas de la Convención Americana (como los artículos 25 y 8), además de permear el derecho interno de los Estados Partes. El derecho de acceso a la justicia, dotado de contenido propio, significa, lato sensu, el derecho a obtener justicia. Configúrase, así, en suma, como el derecho a la propia realización de la justicia.

Fue de esa manera como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) se pronunció en el Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, de 1988, al determinar que los recursos jurisdiccionales deben ser adecuados y efectivos (CORTEIDH, 1988, párr. 63), siendo responsabilidad del Estado garantizar el pleno ejercicio del acceso a la justicia.

Esa obligación de los Estado de garantizar el pleno ejercicio del acceso a la justicia fue considerada por la CorteIDH, en el fallo del Caso Barrios Altos vs. Perú, de 2001, como parte de las funciones irrenunciables e intransigentes que todo Estado tiene:

11. En cambio, otras medidas de reparación se hallan fuera del ámbito de disposición entre partes; son inherentes a determinadas funciones irrenunciables e intransigibles del Estado, que se ejercen en los términos de las atribuciones, deberes o cargas de éste. Existe la posibilidad de aportar --a través de expresiones unilaterales de voluntad, correspondidas por admisiones de la misma naturaleza-- formas o modalidades prácticas y convenientes para el cumplimiento de tales obligaciones, pero ninguna de aquéllas podría modificar, relevar, disminuir o suprimir los deberes que el orden jurídico asigna al poder público de manera natural e inalterable.

12. Así las cosas, no es la voluntad de las partes, sino la voluntad de la ley, lo que determina que exista a cargo del Estado: a) un “deber de justicia penal” (investigar los hechos violatorios, procesar a los responsables,

emitir las respectivas sentencias de condena y ejecutar las penas que éstas prevengan); o b) una obligación de adoptar medidas legislativas o convencionales (así, la celebración o la ratificación de un tratado internacional) cuya procedencia se desprende de la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 2); o c) la decisión de abstenerse de incurrir en violaciones a los derechos humanos (conducta que es inherente al Estado de Derecho y que se halla prevista en el más alto nivel del ordenamiento jurídico nacional e internacional) (CORTEIDH, 2001).

En ese fallo es posible observar también que, para la CorteIDH, el acceso a la justicia es inherente al Estado de Derecho, reconociendo su importancia, en armonía con la importancia dada por los documentos internacionales de derechos humanos más importantes del mundo, como la Declaración Universal de Derechos Humanos de la (ONU de 1948).

Artículo 8°. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley

[...]

Artículo 10. Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal (ONU, 1948)

Ese derecho está también dispuesto en los artículos 9° y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU de 1966 (ONU, 1966) y en los artículos 8° e 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (OEA, 1959).

Específicamente sobre el acceso de los indígenas a la justicia, el Convenio no 169 (OIT, 1989) garantiza el derecho de los pueblos indígenas a que la legislación nacional sea aplicada tomándose en consideración sus costumbres y derecho consuetudinario, los cuales podrán ser conservados siempre que sean compatibles con los derechos fundamentales del ordenamiento jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (artículo 8°). Dicha medida se aplica también al derecho penal (artículo 9°) debiéndose dar preferencia a otro tipo de sanción diferente del encarcelamiento (artículo 10).

Norma similar se encuentra en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 (ONU, 2007).

Artículo 40

Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos y controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos.

En el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, de 2016 (OEA, 2016), reconoce los costumbres y sistemas jurídicos indígenas, siempre que no sean contrarios a los ordenamientos nacionales, regionales e internacionales, garantizando el uso de intérpretes lingüísticos y culturales (artículo XXII). Inclusive, antes de la aprobación de ese documento, la jurisprudencia sobre la protección del acceso de los indígenas a la justicia en el SIDH era muy rica, conforme observado en el siguiente apartado.

2. APORTES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), creada en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) de 1969, tiene una rica tradición en la protección de los derechos humanos de los indígenas.

Sobre el derecho de acceso de los indígenas a la justicia, el caso más paradigmático es *Fernández Ortega y Otros vs. México*, de 2010 (CORTEIDH, 2010). La señora Inés Fernández Ortega, mujer indígena de la comunidad Me'phaa, que no hablaba español, fue víctima de violencia sexual el 22 de marzo de 2002, por soldados del ejército mexicano, en el estado de Guerrero, en un contexto de fuerte presencia militar.

En el fallo, la CorteIDH afirmó que, con base en el principio de no discriminación, el Estado mexicano debería haber, con relación a la señora Fernández Ortega, tomado en cuenta “sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, sus valores, sus usos y costumbres” (CORTEIDH, 2010, párr. 200)

El hecho de la señora Fernández Ortega no saber español le imposibilitó que, en los momentos iniciales, pudiese hacer la denuncia de la violación y recibir la información adecuada. Por causa de ello, la CorteIDH responsabilizó

el Estado de México de haber menoscabado el derecho de acceso a la justicia de la señora Fernández Ortega:

201. [...] la imposibilidad de denunciar y recibir información en su idioma en los momentos iniciales implicó, en el presente caso, un trato que no tomó en cuenta la situación de vulnerabilidad de la señora Fernández Ortega, basada en su idioma y etnicidad, implicando un menoscabo de hecho injustificado en su derecho de acceder a la justicia. Con base en lo anterior, la Corte considera que el Estado incumplió su obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia en los términos de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación el artículo 1.1 del mismo instrumento (CORTEIDH, 2010).

Una violación sexual ya es de por sí, una situación de extrema violencia contra cualquier mujer (LOPES, 2022a). El hecho de la señora Fernández Ortega ser una mujer indígena y no saber español potencializó geoméricamente esa violencia, pues la interseccionalidad de esos factores la colocó en una situación de mayor vulnerabilidad y exclusión social. La omisión del Estado de providenciar mecanismos especiales para garantizar que una mujer indígena que no hablaba español pudiese ejercer plenamente su derecho de acceso a la justicia, provocó que la víctima tuviese que realizar un esfuerzo mayor que todas las otras personas de la sociedad para obtener justicia.

Dos años antes, en el Caso Tiu Tojín vs. Guatemala, de 2008, la CorteIDH ya había determinado que los Estados tienen la obligación de no apenas legislar, sino también de garantizar la plena efectividad de los derechos humanos para que, refiriéndose a los miembros del pueblo indígena Maya, “no tengan que hacer esfuerzos desmedidos o exagerados para acceder a los centros de administración de justicia encargados de la investigación del presente caso” (CORTEIDH, 2008).

Esa obligación de los Estados fue reafirmada en el Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, de 2012 (CORTEIDH, 2012), en el cual señaló dos responsabilidades concretas de los Estados:

263. [...] La primera, consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas. La segunda, garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos [...]

Deben también los Estados, garantizar que los tribunales “no discriminen permitiendo que las personas se vean sometidas a caracterizaciones o estereotipos étnicos”, conforme decidido en el Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile, de 2014. (CORTEIDH, 2014, párr. 210).

Ya en el Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, de 2015 (CORTEIDH, 2015a), la CorteIDH fue más precisa al establecer expresamente los siguientes criterios para la garantía efectiva del derecho de acceso a la justicia de los pueblos indígenas:

251. En este sentido, la Corte estima que conforme a la jurisprudencia del Tribunal, así como de otros estándares internacionales en la materia, los recursos internos, deben ser interpretados y aplicados con el fin de garantizar los derechos humanos de los pueblos indígenas, tomando en cuenta los siguientes criterios:

1. reconocimiento de la personalidad jurídica colectiva, en tanto pueblos indígenas y tribales, así como de la personalidad jurídica individual, como miembros integrantes de dichos pueblos;

2. otorgamiento de capacidad legal para interponer acciones administrativas, judiciales o de cualquier otra índole de manera colectiva, a través de sus representantes, o en forma individual, tomando en cuenta sus costumbres y características culturales;

3. garantía de acceso a la justicia de las víctimas -en tanto miembros de un pueblo indígena o tribal- sin discriminación y conforme a las reglas del debido proceso, por lo que el recurso disponible deberá ser:

a) accesible, sencillo y dentro de un plazo razonable. Ello implica, entre otras cosas, el establecimiento de medidas especiales para asegurar el acceso efectivo y eliminación de obstáculos de acceso a la justicia, a saber:

i) asegurar que los miembros de la comunidad puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales iniciados, facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin;

ii) proporcionar el acceso a los pueblos indígenas y tribales a asistencia técnica y legal en relación con su derecho a la propiedad colectiva, en el supuesto de que estos se encontrasen en una situación de vulnerabilidad que les impediría conseguirla, y

iii) facilitar el acceso físico a las instituciones administrativas y judiciales, o a los organismos encargados de garantizar el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y tribales, así como facilitar la participación de los pueblos en el desarrollo de los procesos judiciales, administrativos o de cualquier otra índole, sin que ello les implique hacer esfuerzos desmedidos o exagerados, ya sea debido a las distancias o a las vías de acceso a dichas instituciones, o a los altos costos en virtud de los procedimientos.

b) adecuado y efectivo para proteger, garantizar y promover los derechos sobre sus territorios indígenas, a través de los cuales se puedan llevar a cabo los procesos de reconocimiento, delimitación, demarcación, titulación y, en su caso, de garantía del uso y goce de sus territorios tradicionales;

4. otorgamiento de una protección efectiva que tome en cuenta las particularidades propias que los diferencian de la población en general y que conforman su identidad cultural, sus características económicas y sociales, su posible situación de vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres, así como su especial relación con la tierra, y

5. respeto de los mecanismos internos de decisión de controversias en materia indígena, los cuales se encuentren en armonía con los derechos humanos.

Ese fallo constituye, sin duda, un rico aporte de la CorteIDH a la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas debiendo, con base en el control de convencionalidad, ser seguido por los diversos Estados que reconocen su competencia contenciosa, como es el caso de Brasil que, en los últimos años, viene implementando una serie de medidas para dar efectividad a esos derechos.

3. APORTES DEL CONSEJO CONSTITUCIONAL DE JUSTICIA BRASILEÑO

La protección de los pueblos indígenas ha venido paulatinamente creciendo en Brasil en las últimas décadas. La primera norma que debe ser destacada es la Ley no 6.001, de 19 de diciembre de 1973 (BRASIL, 1973), conocida como *Estatuto do Índio*, aprobada en plena dictadura militar y que aún se encuentra en vigor.

A pesar de ser una Ley que adoptó un modelo asimilacionista, conforme se puede observar de la lectura del artículo 1º: “*Esta Lei regula a*

situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional” (BRASIL, 1973), no hay duda de que también señaló el inicio de un cambio en la política nacional de protección a los indígenas, al pasar a reconocer su cultura.

Ese cambio se consolidó en la Constitución Federal (CF/88), promulgada el 5 de octubre de 1988, que abandonó el modelo asimilacionista, para pasar a valorizar la diversidad cultural brasileña.

No existe nada más rico que la diversidad humana. No existen dos personas - y menos dos culturas - iguales. Imponer modelos culturales es ir contra la propia naturaleza del ser humano y, consecuentemente, es ir contra su dignidad, principio fundamental del Estado brasileño, conforme dispuesto en el artículo 1º, III de la CF/88, lo que es reforzado, en el artículo 3º, IV, que prohíbe cualquier tipo de prejuicio y el artículo 5º, *caput*, que garantiza el derecho a una igualdad material (BRASIL, 1988).

Justamente, en reconocimiento a esa diversidad, es que, en el *caput* y el §1º del artículo 215, se garantiza el pleno ejercicio de los derechos culturales y al libre acceso a todas las fuentes de la cultural nacional, protegiendo las manifestaciones culturales populares, indígenas, afrobrasileñas y de todos los grupos participantes del proceso civilizatorio nacional:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

[...] (BRASIL, 1988).

Con relación a los indígenas, los constituyentes reservaron un capítulo especialmente para regular sus derechos. Ese capítulo es el Capítulo VIII (*Dos índios*) del Título VIII (*Da Ordem Social*), cuya riqueza para la protección de los derechos de los indígenas es incuestionable, en la medida en que es la primera vez que una Constitución brasileña reconoce expresamente la organización social, las costumbres, los idiomas, las creencias y las tradiciones indígenas (artículo 231, *caput*).

A respecto del derecho de acceso a la justicia de los indígenas, en el artículo 232 de la CF/88 se establece la legitimidad de los pueblos indígenas para acudir al Poder Judicial y defender sus derechos e intereses, lo cual es fundamental, considerando la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentran.

Según datos oficiales de la *Fundação Nacional do Índio* (FUNAI), órgano federal que tiene como función proteger los derechos de los indígenas

en Brasil, se calcula que, antes de la llegada de los portugueses en 1500, la población indígena era de aproximadamente 3 millones de personas (FUNAI, 2020). El último censo realizado en Brasil por el *Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística* (IBGE) en 2010, mostró que la población indígena era de apenas 817,963 personas, lo que correspondía al 0.4% de la población nacional total. La mayoría de los indígenas vive en zonas rurales (61.46%) de las cinco regiones del país, siendo la Región Norte la que concentra el mayor número (37.4%) (IBGE, 2010).

Esa población indígena abarca 305 etnias, las cuales se expresan en 274 idiomas, siendo que el 17.5% no habla portugués. El pueblo con mayor número de miembros es el pueblo *Tikuna*, que vive en el Estado de Amazonas de la Región Norte. El segundo es el pueblo *Guarani Kaiowá*, en el Estado de Mato Grosso do Sul (Región Centro-Oeste) y el tercero es el pueblo *Kaingang*, en la región Sur. Hay, sin embargo, 70 pueblos que poseen menos de 100 habitantes. El censo también reveló que, en 80.5% de los municipios brasileños, había por lo menos un indígena (IBGE, 2010).

Son pueblos que viven bajo constante amenaza, principalmente por conflictos que envuelven el uso de sus tierras, ambicionadas por terceros por su valor económico. Según el *Atlas da Violência 2021*, publicado por el *Fórum Brasileiro de Segurança Pública* (FBSP), en conjunto con el *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada* (IPEA), las únicas tasas de muertes violentas que aumentaron de 2001 a 2009 fueron las relacionadas a los pueblos indígenas, revelando la situación crítica en la que se encuentran.

[...] As taxas de homicídios indígenas aumentaram na última década, ao contrário da taxa brasileira. A taxa de homicídio para o Brasil era de 27,2/100 mil em 2009, atingindo seu pico em 2017, com 31,6/100 mil, e decaindo nos dois anos seguintes. A taxa de homicídios para os indígenas saiu de 15/100 mil em 2009, se elevando a 24,9 em 2017 e, mesmo reduzindo, manteve-se em 2019 (18,3/100 mil) acima da taxa de 2011 (14,9/100 mil) (FBPS; IPEA, 2021, p. 84).

En ese mismo documento, los investigadores alertan que no es sólo la violencia física contra los indígenas la que viene creciendo, sino que es posible verificar como las otras formas de violencia se han agudizado, evidenciando su carácter multidimensionalidad

Nesse contexto, é indispensável atentar que a violência étnico-racial, considerada a partir de qualquer concepção ou quaisquer medidas quantitativas, guarda complexidades interpretativas e não responde apenas à ideia da violência física, ou seja, tortura, ferimento, tentativas de agressões e assassinatos, lesões corporais dolosas e homicídios. Pode-

se acrescentar nesse espectro de violência ampliada, os casos de abusos de poder, formas sistemáticas ou não de assédio, criminalização de lideranças e movimentos sociais indígenas, ameaças, violências sexuais etc. O não reconhecimento das diferenças culturais e as desigualdades sociais, assim como o sofrimento que elas causam, são produzidas e sustentadas primeiramente por violências simbólicas e, secundariamente, por violência física. Há, nesse sentido, discriminações (raciais, de gênero, a exemplo) que se articulam e se sobrepõem às camadas multidimensionais de violências (simbólicas, físicas) (FBPS; IPEA, 2021, p. 89).

Son datos que retratan la grave situación de vulnerabilidad en la que los indígenas brasileños se encuentran, lo que fue confirmado en el fallo del Caso Pueblo Indígena Xucuru vs. Brasil, emitida por la CorteIDH el 5 de febrero de 2018:

90. Sin embargo, el Cacique Marquinhos sufrió un atentado contra su vida el 7 de febrero de 2003⁹⁷, que causó la muerte de dos miembros del Pueblo Xucuru, que acompañaban al Cacique en ese momento⁹⁸. Estos sucesos desencadenaron actos de violencia en el territorio indígena⁹⁹. Como consecuencia de lo anterior, fueron expulsados aproximadamente 500 miembros de la comunidad de la tierra indígena Xucuru, los cuales fueron ubicados en el Municipio de Pesqueira¹⁰⁰.

[...]

141. [...] la Corte advierte que en que pese la gran cantidad de ocupantes no indígenas presentes en dicho territorio al inicio del proceso de reconocimiento y titulación, en 1989, la complejidad y costos del proceso de saneamiento **no justifica la demora de prácticamente 28 años –siendo 19 años dentro de la competencia de la Corte– para concluir dicho procedimiento.** (CORTEIDH, 2018b, énfasis añadido).

[...]

154. **En este sentido, la Corte constata que la homologación y registro del territorio indígena Xucuru hasta el año 2005 y el lento e incompleto saneamiento de dicho territorio fueron elementos fundamentales que permitieron la presencia de ocupantes no indígenas.** Lo anterior generó –en parte– tensión y disputas entre indígenas y no indígenas (*supra* párrs. 87 a 91). La Relatora Especial Tauli-Corpuz señaló en su peritaje que un impacto negativo derivado de la falta la regularización de territorios indígenas es el patrón de tensión y violencia que habitualmente surge en dichas situaciones¹⁶⁸. **Estas circunstancias, según su experticia, se ven agravadas por las demoras en los referidos procesos** (CORTEIDH, 2018b, énfasis añadido).

El fallo revela claramente las dificultades enfrentadas por los indígenas brasileños para hacer efectivos sus derechos, como es el caso del derecho de acceso a la justicia. Cuando el fallo fue emitido, en 2018, aún había personas no indígenas ocupando las tierras del Pueblo Xucuru. Ese hecho revela que, 28 años después de iniciado el proceso de demarcación de las tierras, siendo 19 de ellos en el Poder Judicial, aún los indígenas no habían alcanzado la satisfacción de sus derechos. Por ese motivo, la CorteIDH condenó el Estado brasileño por la violación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos:

220. [...]

DECLARA:

Por unanimidad, que:

[...]

3. El Estado es responsable por la **violación del derecho a la garantía judicial de plazo razonable**, previsto en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio del Pueblo Indígena Xucuru, en los términos de los párrafos 130 a 149 de la presente Sentencia.

Por unanimidad, que:

4. El Estado es responsable por la **violación del derecho a la protección judicial**, así como del derecho a la propiedad colectiva, previstos en los artículos 25 y 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio del Pueblo Indígena Xucuru, en los términos de los párrafos 150 a 162 de la presente Sentencia. (CORTEIDH, 2018b, énfasis añadido).

En el fallo, la CorteIDH reiteró la obligación de los Estados de implementar las medidas necesarias para una protección efectiva de los derechos de los pueblos indígenas debiendo, para ello, considerar sus particularidades y especial situación de vulnerabilidad.

131. [...] Además, en lo que respecta a pueblos indígenas y tribales, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres¹⁴⁴.

132. Este Tribunal ha señalado que no basta con que la norma consagre procesos destinados a la titulación, delimitación, demarcación y saneamiento de territorios indígenas o ancestrales, sino que los mismos deben tener efectividad práctica. Igualmente ha señalado que estos procedimientos deben ser efectivos en el sentido de que deben suponer

una posibilidad real¹⁴⁵ para que las comunidades indígenas y tribales puedan defender sus derechos y puedan ejercer el control efectivo de su territorio, sin ninguna interferencia externa¹⁴⁶ (CORTEIDH, 2018b, énfasis añadido).

Esa sentencia contra Brasil provocó que diversos órganos estatales se movilizasen para dar cumplimiento a las medidas establecidas por la CorteIDH. Uno de esos órganos fue el Consejo Nacional de Justicia (CNJ)².

Así, el 22 de abril de 2022, el CNJ aprobó la Resolución no 454 (CNJ, 2022) por medio de la cual estableció directrices y procedimientos para garantizar el derecho de acceso al Poder Judicial de las personas y de los pueblos indígenas.

La Resolución comprende 26 artículos y se funda en diversos documentos nacionales e internacionales como el Convenio no 169 de la OIT, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, todos ellos ratificados por Brasil.

En el artículo 2º, son establecidos los principios que rigen la Resolución:

- a) autoidentificación de los pueblos;
- b) diálogo interétnico e intercultural;
- c) territorialidad indígena;
- d) reconocimiento de la organización social y de las formas propias de cada pueblo indígena de resolver los conflictos;
- e) prohibición de la aplicación del sistema tutelar; y
- f) libre determinación de los pueblos indígenas, especialmente de los pueblos en aislamiento voluntario.

Sobre el primer principio, el artículo 4º establece que será considerado indígena todo aquel que se autoidentifique como tal. Con relación al segundo principio, el artículo 5º determina que el diálogo interétnico e intercultural constituye un instrumento destinado a aproximar el Sistema de Justicia a las diferentes culturas, llevando en consideración sus especificidades socioculturales. A respecto de los principios de territorialidad y de reconocimiento de la organización social de los indígenas, el artículo 6º dispone que las tierras son espacios necesarios para la reproducción física y cultural de esos pueblos, así como para el desarrollo de sus aspectos sociales y económicos, sus valores simbólicos y espirituales. Sobre el principio de resolución de conflictos, el artículo 7º prohíbe la aplicación del régimen de tutela a los indígenas, en la medida en que reconoce su legitimidad y capacidad para acudir directamente al Poder Judicial y defender ellos mismos

² El CNJ es un órgano federal encargado del control del desempeño administrativo y financiero del Poder Judicial, así como del cumplimiento de los deberes funcionales de los jueces, conforme previsto en el artículo 103, § 4º de la Constitución Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

sus derechos. En lo que se refiere al principio de libre determinación, el artículo 8° garantiza el derecho de los indígenas de vivir de forma aislada, lo que no impide que sean comunicados sobre los procesos judiciales que puedan afectar sus intereses.

El segundo capítulo de la Resolución trata sobre las especificidades del derecho de acceso a la justicia de los pueblos indígenas. Son 10 artículos por medio de los cuales el CNJ busca contribuir a dar una mayor efectividad a ese derecho.

Así, el artículo 10 dispone que no es necesario que los indígenas se formalicen como una persona jurídica para ingresar en un proceso judicial. El artículo 11 extiende a ellos las mismas ventajas procesuales que tiene el Estado, como la inembargabilidad de sus bienes y rentas, el gozo de plazos especiales, etc. El artículo 12 dispone que la notificación procesal deberá ser hecha, de preferencia, de forma personal. El artículo 13 asegura el derecho de los indígenas a comprender no sólo el idioma en el que se realiza el proceso, sino también a que se respete su organización social, cultura, prácticas, costumbres y tradiciones. El artículo 14 determina que deberán ser llamados antropólogos para elaborar informes técnicos sobre las cuestiones socioculturales que no estén claras. El artículo 15 establece que los actos procesuales deberán ser realizados, siempre que sea posible, de forma presencial en las tierras indígenas. El artículo 16 garantiza a los indígenas el uso de su idioma nativo, así como la presencia de un intérprete preferencialmente escogido entre los miembros de su comunidad. El artículo 17 dispone que tanto el Ministerio Público como la FUNAI deberán ser notificados para que se manifiesten sobre si tienen interés en intervenir en los procesos envolviendo indígenas. El artículo 18 establece que los indígenas deben ser comunicados de todas las acciones judiciales que afecten sus tierras. El artículo 19 determina que la autoridad judicial podrá convocar audiencias públicas o inspecciones judiciales en conjunto con las comunidades indígenas.

El tercer capítulo aborda los derechos de los niños indígenas, estableciendo que serán aplicadas las normas que constan en la Constitución Federal y en el Estatuto de los Derechos del Niño y del Adolescente (Ley no 8069/1990), llevando en consideración las especificidades culturales de las comunidades de las que esos niños y adolescentes sean parte.

En las disposiciones finales, se establece que será elaborado un manual para auxiliar a los jueces a aplicar la Resolución (artículo 23), el cual, a la fecha de elaboración del presente trabajo, aún no fue publicado.

No hay duda de que esa Resolución constituye un importante avance no sólo en lo que refiere a la protección efectiva del derecho de acceso a la justicia de los pueblos indígenas, sino también porque confirma el reconocimiento de la situación especial de vulnerabilidad en la que se encuentran y que se agrava cuando está envuelto en un conflicto judicial.

Casi dos años antes de aprobada esa Resolución, el CNJ había también aprobado la Resolución no 287 el 25 de junio de 2019, con el objetivo de regular los procedimientos para el tratamiento de las personas indígenas acusadas, presas, condenadas o privadas de libertad, así como fijar directrices para asegurar los derechos de esas personas en el ámbito criminal.

Esa Resolución, compuesta de 18 artículos, objetiva que los indígenas sean juzgados de forma justa por medio de la incorporación de reglas especiales, que garanticen el respeto a su organización social, cultura, prácticas, costumbres y tradiciones.

En el artículo 2° se establece que la Resolución será aplicada a todo aquel que se identifique como indígena, sea brasileño o no, e independientemente del lugar donde viva, incluyendo el espacio urbano. El artículo 3° confirma que para alguien ser considerado indígena es suficiente que se autoidentifique como tal. El artículo 4° determina que la etnia y el idioma del indígena deben ser registrados en el proceso. El artículo 5° garantiza el derecho del indígena de contar con un intérprete, caso su idioma no sea el portugués. El artículo 6° establece que la autoridad judicial podrá disponer la realización de pericia antropológica para obtener datos que le ayuden a determinar la responsabilidad del indígena. Esa responsabilización, según el artículo 7°, deberá considerar los mecanismos propios de la comunidad a la que el indígena pertenece, mediante una consulta previa. El artículo 8° dispone que, cualquier medida alternativa a la prisión, deberá ser adaptada, en cuanto a condiciones y plazos, a los costumbres y tradiciones del indígena. El artículo 9° determina que toda pena deberá llevar en consideración las características culturales, sociales y económicas del indígena, a fin de que las penas restrictivas de derechos sean adaptadas a las condiciones y plazos compatibles con sus costumbres y tradiciones, debiendo considerar la aplicación de penas alternativas, como multa y prestación de servicios a la comunidad. El artículo 10 establece que, caso no sea posible la aplicación de lo dispuesto en los artículos 7° e 9°, la autoridad deberá consultar a la comunidad sobre la aplicación de penas de régimen especial de semilibertad, reclusión o detención. El artículo 11 dispone sobre la prisión domiciliar, la cual deberá considerar como domicilio el territorio de la comunidad indígena, cuando sea compatible con la cultura indígena y mediante consulta previa a la comunidad. El artículo 12 establece que las penas alternativas deberán estar de acuerdo con las especificidades culturales del indígena. El artículo 13 regula el tratamiento penal que será aplicado a las mujeres indígenas, incluyendo la previsión de prisión domiciliar para las mujeres que sean mamás, estén embarazadas o tengan niños o personas con deficiencia sobre su responsabilidad. El artículo 14 dispone sobre los presidios

donde estén presos indígenas, de modo que se garantice su asistencia material, a la salud, jurídica, educacional, social y religiosa, conforme sus especificidades culturales. Regula, también como se darán las visitas y su alimentación. El artículo 15 determina que los tribunales deberán contar con un catastro de intérpretes. El artículo 16 establece que las Escuelas de Magistratura podrán organizar cursos sobre los derechos indígenas destinados a la permanente cualificación y actualización de los jueces y funcionarios del Poder Judicial. El artículo 17 determina que será elaborado un manual para auxiliar a los tribunales y magistrados sobre la aplicación de la Resolución³.

Esas dos Resoluciones del CNJ señalan un importante avance para la efectividad de los derechos de los indígenas en el ámbito jurisdiccional, reflejando un cambio paradigmático que viene cada vez más siendo consolidado no sólo en Brasil

CONCLUSIÓN

En el actual mundo globalizado, donde la diversidad humana se revela en su plenitud, los Estados tienen la obligación de garantizar el efectivo ejercicio de sus derechos a todos sus habitantes, sin ninguna distinción que implique una discriminación, o sea, que provoque una desigualdad.

El reconocimiento de esa obligación de los Estados es reciente. Durante siglos, la sociedad mundial fue estructurada jerárquicamente con base en valores prejuiciosos, a partir de los cuales algunos seres humanos, sea por su raza, sexo, salud mental o física, edad, cultura, religión, etc., fueron considerados seres inferiores y, por lo tanto, excluidos del ejercicio de varios derechos.

Fue solamente después de los horrores cometidos durante la Segunda Guerra Mundial que la humanidad se concientizó sobre la urgente necesidad de valorizar y proteger todo ser humano, independientemente de cualquier característica o condición. Fue así como comenzaron a ser elaborados documentos internacionales y nacionales de reconocimiento de la diversidad humana y protección de los derechos de todos los seres humanos, con énfasis en la protección de los grupos históricamente excluidos, como es el caso de los indígenas.

En ese marco, diversos documentos – nacionales e internacionales - de reconocimiento y protección de los derechos y garantías de los indígenas fueron aprobados, destacándose la Convención no 169 de la Organización Internacional del Trabajo, que no apenas estableció el acceso a la justicia como un derecho de los indígenas, sino que reconoció

³ El Manual de la Resolución no 287/2019 ya fue publicado y puede ser encontrado en el siguiente enlace: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/Manual-Resoluçao-287-2019-CNJ.pdf>

la necesidad de compatibilizarlo con su cultura, tradiciones, costumbres y cosmovisiones.

Todos esos documentos fueron ratificados por Brasil, pero, a pesar de ello, la violencia contra los pueblos indígenas continúa siendo una constante. Datos del *Atlas da Violência 2021*, publicado por el *Fórum Brasileiro de Segurança Pública*, en conjunto con el *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*, muestran que las únicas tasas de muertes violentas que aumentaron de 2001 a 2009 fueron con relación a los pueblos indígenas, revelando la situación crítica en la que se encuentran. Es más, en 2018, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió fallo contra el Estado brasileño por la violación de los derechos del pueblo indígena Xucuru, incluyendo la violación del derecho a la garantía judicial de plazo razonable y a la protección judicial.

Eso comprueba que no es suficiente apenas reconocer y proteger un derecho para que sea efectivo. Es necesario, especialmente en el caso de grupos excluidos, que los Estados implementen medidas concretas para revertir las situaciones de desigualdad históricamente consolidadas que colocaron a determinados seres humanos, como los indígenas, en situaciones de especial vulnerabilidad. Entre esas medidas, para el caso del acceso de los indígenas a la justicia, se destacan la busca por penas alternativas a la privación de libertad; el uso de sus idiomas y presencia de intérpretes durante todo el proceso; el diálogo intercultural entre las autoridades indígenas y del Poder Judicial para construir soluciones jurisdiccionales que no impacten negativamente en la cultura del indígena y su comunidad; penitenciarias que, en la medida de lo posible, cuenten con condiciones que permitan a los indígenas mantener sus prácticas culturales, religiosas y alimenticias, etc.

Es esa la línea de pensamiento adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Consejo Nacional de Justicia brasileño, cuyos esfuerzos para la protección efectiva de los derechos indígenas deben ser no apenas reconocidos, sino ampliamente divulgados, con el objetivo de que se tornen prácticas generalizadas y permitan la consolidación de sociedades democráticas en las cuales, todos, sin exclusión, puedan ejercer efectivamente sus derechos.

REFERENCIAS

BRASIL *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada no 8 de outubro de 1988. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acceso en: 13 abr. 2023.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *El derecho de acceso a la justicia en su amplia dimensión*. Santiago de Chile: Librotecnia, 2012.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução no 454*, el 22 de abril de 2022. Disponible en: <https://atos.cnj.jus.br/files/original174053202205036271692534e99.pdf> Acceso en: 14 abr. 2023.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução no 287*, el 25 de junho de 2019. Disponible en: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_287_25062019_08072019182402.pdf Acceso en: 13 abr. 2023.

CORTEIDH – CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Pueblo Indígena Xucuru vs. Brasil*. Sentencia de 5 de febrero de 2018b. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_esp.pdf Acceso en: 13 abr. 2023.

CORTEIDH – CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*, de 25 de noviembre de 2015a. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf Acceso en: 13 abr. 2023.

CORTEIDH – CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf Acceso en: 13 abr. 2023.

CORTEIDH – CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf Acceso en: 13 abr. 2023.

CORTEIDH – CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México*. Sentencia de 30 de agosto de 2010a. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf Acceso en: 12 abr. 2023.

CORTEIDH – CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_190_esp.pdf Acceso en: 13 abr. 2023.

CORTEIDH – CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Sentencia de 30 de noviembre de 2001. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_87_esp.pdf Acceso en: 13 abr. 2023.

CORTEIDH – CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf Acceso en: 13 abr. 2023.

FBSP - Fórum Brasileiro de Segurança Pública; IPEA - *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*. Atlas da Violência 2021, de 31 de agosto de 2012. Disponible en: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/1375-atlasdaviolencia2021completo.pdf> Acceso en: 17 abr. 2023.

FUNAI - FUNDACIÓN NACIONAL DO ÍNDIO. *Quem são*, 2020. Disponible en: <https://www.gov.br/funai/pt-br/atuacao/povos-indigenas/quem-sao> Acceso en: 05 abr. 2023.

HERRERA FLORES, Joaquín. *La construcción de las garantías*. Hacia una concepción antipatriarcal de la libertad y la igualdad. SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (coord.) *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 111- 145.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Indígenas. Censo de 2010*. Disponível em: <https://indigenas.ibge.gov.br/graficos-e-tabelas-2.html> Acceso en: 05 abr. 2023.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *A proteção dos direitos das minorias culturais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022b. Disponible en: https://www.academia.edu/79050984/A_proteção_dos_direitos_das_minorias_culturais_entre_o_controle_de_convencionalidade_e_a_margem_de_apreciação_nacional Acceso en: 15 abr. 2023.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Evolução da proteção das mulheres vítimas de violência sexual na jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos: incorporação da perspectiva de gênero. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v.19 n. 2, p. 117-137 2022. Disponible en: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/8416/pdf> Acceso en: 12 abr. 2023.

OEA – ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos*, de 16 de junio de 2016. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convención_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf Acceso em: 12 abr. 2023.

OEA – ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, de 22 de noviembre de 1969. Disponible en:

<https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf> Acesso em: 12 abr. 2023.

OEA – ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Declaração Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas*, de 15 de junio de 2016. Disponible en: <http://www.oas.org/es/sadye/documentos/DADPI.pdf> Acesso em: 12 abr. 2023..

OIT - ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenio Internacional sobre Pueblos Indígenas y Tribales*, de 27 de junho de 1989. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf Acesso en: 12 abr. 2023.

ONU – ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, 13 de setembro de 2007. Disponible en: https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf Acesso en: 13 abr. 2023.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas*, de 18 de noviembre de 1992. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-rights-persons-belonging-national-or-ethnic> Acesso en: 18 abr. 2023.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional de Derechos Cíviles y Políticos, de 16 de dezembro de 1966*. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights> Acesso en: 15 abr. 2023.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, de 21 de diciembre de 1965. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-elimination-all-forms-racial> Acesso en: 15 abr. 2023.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaración Universal de Derechos Humanos*, de 10 de diciembre de 1948. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights> Acesso en: 06 abr. 2023.

UNESCO - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA. *Declaración Universal sobre la diversidad cultural*, de 2 de noviembre de 2001. Disponible: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/universal-declaration-cultural-diversity> Acesso en: 17 abr. 2023.

Recebido em: 24/07/2023
Aprovado em: 20/09/2023

A NOVA POLÍTICA DE SEGURANÇA PÚBLICA DE ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS POR MEIO DA GESTÃO DE ATIVOS

THE NEW PUBLIC SECURITY POLICY TO COMBAT ILLICIT DRUG TRAFFICKING THROUGH ASSET MANAGEMENT

*Cláudio Macedo de Souza¹
Soraya Teshima²*

SUMÁRIO: Introdução. 1. Instrumentos internacionais destinados à apreensão de bens e de ativos vinculados a atividades criminosas. 1.1 A gestão de ativos e os projetos “BIDAL” e “COPOLAD” no enfrentamento ao tráfico ilícito de drogas no Brasil. 2. A SENAD e a implementação de políticas públicas sobre drogas no

1 Doutor em Ciências Penais pela UFMG – Universidade Federal de Minas Gerais. Professor dos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação na UFSC. Coordenador do GDPI – Grupo de Pesquisa de Direito Penal Internacional CNPq – UFSC e advogado.

2 Mestre em Direito pela UFSC – Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade do Vale do Itajaí. Graduada em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Advogada.

Estado brasileiro. 2.1 A SENAD e a elaboração de políticas relacionadas à redução da oferta de drogas; 3. O papel do Fundo Nacional Antidrogas na gestão de ativos do narcotráfico. 3.1 A adoção de padrões internacionais na gestão de ativos do FUNAD. Conclusão. Referências.

RESUMO: Este artigo tem o propósito de compreender o instituto da conversão antecipada de bens e ativos em recursos financeiros como estratégia política de segurança pública destinada à descapitalização das organizações criminosas no tráfico ilícito de drogas. Para isso, a pesquisa apresenta a seguinte indagação: “De que forma a conversão antecipada de bens e ativos, apreendidos judicialmente, em recursos financeiros melhora o perfil e a efetividade da política de combate ao tráfico de drogas ilícitas?” Para responder à questão, supõe-se que é a partir dos padrões internacionais que o Estado brasileiro tem suas bases para o financiamento das políticas de segurança pública em articulação com estados e municípios e, também, na execução daquelas sob sua competência que priorizem a redução do poder de atuação do crime organizado. O objetivo da pesquisa é identificar elementos da conversão antecipada de bens como ação de inteligência no combate ao tráfico ilícito de drogas. A pesquisa adota o método dedutivo e pauta-se por um levantamento bibliográfico, por meio de livros, revistas eletrônicas, teses, bem como a consulta à legislação nacional e da União Europeia. A pesquisa se justifica porque a alienação antecipada de bens, para além de expandir a capacidade do Estado destinada à redução do poder de atuação do crime organizado, contribui para o financiamento de políticas públicas e para a redução da oferta de drogas ilícitas. Depreende-se, portanto, que a nova estratégia de política de segurança pública é uma tendência internacional necessária para dar maior capacidade estatal no enfrentamento do crime organizado e na redução da oferta de drogas ilícitas em benefício da sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Crime Organizado. Tráfico Ilícito de drogas. Alienação Antecipada de Bens. Política de Segurança Pública.

ABSTRACT: The purpose of this article is to understand the institute of early conversion of goods and assets into financial resources as a public security policy strategy aimed at the decapitalization of criminal organizations in illicit drug trafficking. To this end, the research poses the following question: “How does the early conversion of judicially seized goods and assets into financial resources improve the profile and effectiveness of the policy to combat illicit drug trafficking?” To answer

the question, it is assumed that it is based on international standards that the Brazilian State has its bases for the financing of public security policies in articulation with states and municipalities and, also, in the execution of those under its competence that prioritize the reduction of the power of action of organized crime. The objective of the research is to identify elements of the early conversion of assets as an intelligence action in the fight against illicit drug trafficking. The research adopts the deductive method and is guided by a bibliographic survey, through books, electronic journals, theses, as well as the consultation of national and European Union legislation. The research is justified because the early disposal of assets, in addition to expanding the State's capacity to reduce the power of organized crime, contributes to the financing of public policies and to the reduction of the supply of illicit drugs. Therefore, it can be inferred that the new public security policy strategy is a necessary international trend to provide greater state capacity to confront organized crime and reduce the supply of illicit drugs for the benefit of society.

KEYWORDS: Organized Crime. Illicit Drug Trafficking. Early Disposal of Assets. Public Security Policy.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem o propósito de compreender o instituto da conversão antecipada de bens e ativos em recursos financeiros como estratégia política de segurança pública destinada à descapitalização do crime organizado para o tráfico ilícito de drogas. Inserida na era da tecnologia da informação e da comunicação, as organizações criminosas podem atuar em vários lugares e países porque, não há mais fronteiras que as impeçam. Diante desta realidade, torna-se imperiosa a adoção de estratégias para que haja uma tomada de decisão mais assertiva e resolutiva em reação ao crime. Significa dizer que, o confronto às organizações criminosas irá requerer uma atuação estratégica baseada na persecução patrimonial.

Na esfera internacional, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, também conhecida como Convenção de Palermo, é o principal instrumento global de reconhecimento por parte dos Estados-Membros da gravidade do problema, bem como da necessidade de promover e de reforçar a estreita cooperação internacional visando o enfrentamento do crime. Com foco na assistência legal mútua e na cooperação policial, os Estados-membros que ratificaram este instrumento se comprometem a adotar uma série de medidas, incluindo a adoção de estratégias de apreensão de produtos derivados dos crimes e de bens, equipamentos e outros instrumentos

utilizados ou destinados a serem utilizados na prática de crimes para eventual confisco.

Ademais, com o reconhecimento dos vínculos entre atividades criminosas organizadas e o tráfico ilícito de drogas que minam as economias lícitas e que ameaçam a estabilidade, a segurança e a soberania dos Estados, surgiu a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas em 1988 (Convenção de Viena) com o objetivo de promover a cooperação entre os Estados para acabar com os lucros adquiridos por organizações criminosas com a produção de drogas ilícitas e do tráfico.³ Essa convenção fornece medidas abrangentes contra o tráfico de drogas, inclusive métodos contra a lavagem de dinheiro e o fortalecimento da cooperação para apreensão do produto ou do proveito do crime.

Indicada por diversas Convenções Internacionais (Viena, Palermo e Mérida), e pela Comunidade Europeia (Diretiva 2014/42), a apreensão e o eventual confisco constituem-se na principal estratégia de enfrentamento sob a lógica de que, para além do proveito direto do crime, os grupos criminosos devem sofrer maiores baixas patrimoniais, englobando inclusive ativos não diretamente ligados à conduta investigada.⁴

Visando à preservação dos valores correspondentes aos bens apreendidos judicialmente, o Congresso Nacional aprovou as recentes Leis n.º 13.840 e 13.886, ambas de 2019, implementando alterações significativas no procedimento da alienação antecipada de bens apreendidos em procedimentos criminais, previsto na Lei n.º 11.343/06. A Lei n.º 13.840/2019 incluiu o §1º ao art. 61 da Lei n.º 11.343/2006, passando a prever que o juiz, no prazo de 30 dias contados da comunicação da apreensão de bens pela autoridade de polícia judiciária ao juízo competente, determine a alienação dos bens apreendidos, independentemente de quaisquer condicionantes.

E, atento à necessidade da padronização e integração de ações, a fim de agilizar o processo de conversão de bens apreendidos, sequestrados ou arrestados em recursos financeiros destinados a políticas públicas; o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou em 27 de novembro, a Resolução CNJ n.º 356/2020. Dentre as ações, os magistrados com competência criminal, nos autos em que existam bens e ativos apreendidos ou que sejam objeto de medida assecuratória, deverão especificar expressamente nas sentenças quando o crime estiver relacionado a decretação do perdimento dos bens móveis e imóveis, quando apreendidos ou sequestrados em decorrência

3 Antes da Convenção de Viena de 1988, já existiam outros dois documentos internacionais: a Convenção Única sobre Entorpecentes, 1961 e a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, 1971.

4 A perda alargada (confisco alargado) foi reconhecida pelo artigo 91-A, do Código Penal brasileiro, segundo o qual “na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio (todos os bens móveis ou imóveis) do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito” (Grifo nosso).

das atividades criminosas perpetradas por milicianos ou relacionadas ao tráfico de drogas.⁵

Portanto, a origem do problema gravita em torno da necessidade de o Poder Judiciário fazer antecipadamente a conversão de bens e ativos apreendidos em recursos financeiros a fim de que decisões judiciais, pautadas pelos princípios constitucionais da eficiência e da duração razoável do processo, produzam efeitos concretos no enfrentamento do crime organizado e do tráfico ilícito de drogas.

Nesse contexto, a pesquisa indaga: “De que forma a conversão antecipada de bens e ativos, apreendidos judicialmente, em recursos financeiros melhora o perfil e a efetividade da política de combate ao tráfico de drogas ilícitas?” Para responder à questão formulada, supõe-se que é a partir dos padrões internacionais que o Estado brasileiro tem suas bases para o financiamento das políticas de segurança pública em articulação com estados e municípios e, também, na execução daquelas sob sua competência que priorizem a redução do poder de atuação do crime organizado. Sobre o assunto, o Centro de Excelência para a Redução da Oferta de Drogas Ilícitas destaca que entre as práticas de combate ao tráfico de drogas, a descapitalização das organizações criminosas tem ganhado destaque nos últimos anos (CdE, 2021, p. 10).

A pesquisa se justifica porque a alienação antecipada de bens, para além de expandir a capacidade do Estado destinada à redução do poder de atuação do crime organizado, contribui para o financiamento de políticas públicas e para a redução da oferta de drogas ilícitas.

O objetivo da presente pesquisa é identificar elementos da conversão antecipada de bens como ação de inteligência para dar maior capacidade estatal no enfrentamento do crime organizado e na redução da oferta de drogas ilícitas em benefício da sociedade.

A pesquisa adota o método dedutivo e pauta-se por um levantamento bibliográfico, por meio de livros, revistas eletrônicas, teses, bem como a consulta à legislação nacional e da União Europeia; além, da coleta e análise de conteúdo de uma série de instrumentos, incluindo protocolos, recomendações, projetos, bem como experiências internacionais e ações e programas realizados pela SENAD e pelo FUNAD na gestão e implementação de políticas públicas no Estado brasileiro.

Para alcançar o objetivo da pesquisa, este artigo está organizado em três partes. A primeira destaca, no cenário internacional, uma série de instrumentos no enfrentamento ao tráfico de drogas e ao crime organizado, incluindo protocolos e recomendações voltados à apreensão de bens e ativos vinculados às atividades ilícitas. Neste cenário, cada vez

5 Conforme diretrizes previstas no Preâmbulo e nos incisos, IV e VIII, do artigo 2º da Resolução n.º 356 do CNJ de 27/11/2020.

mais, a redução da oferta de drogas ilícitas passa pela perda do capital da organização criminosa e a consequente reversão dos bens apreendidos e perdidos em favor do Estado para políticas públicas sobre drogas (CdE, 2021, p. 10-11). Ademais, a incorporação de medidas e procedimentos de cooperação para a conversão dos bens e ativos apreendidos em recursos financeiros será considerada a partir da análise de conteúdo dos Projetos BIDAL e COPOLAD no enfrentamento ao tráfico ilícito de drogas no Brasil.

Na segunda parte, como fonte de informação, este artigo apresenta algumas experiências internacionais e aponta o mapeamento de processos de trabalho realizados pela SENAD - Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas na implementação de políticas públicas no Estado brasileiro e sua responsabilidade na aplicação da justiça através da transformação dos bens apreendidos em políticas públicas sobre drogas.

Na terceira parte, é destacada a função da FUNAD – Fundo Nacional Antidrogas e sua relação com programas e ações destinadas à gestão de bens e ativos, bem como o seguimento dos padrões internacionais para a prevenção e a redução da oferta de drogas. Essa abordagem atesta o papel fundamental do Estado brasileiro na orientação, na coordenação e no financiamento das políticas de segurança pública em articulação com estados e municípios e, também, na execução daquelas sob sua competência que priorizem a redução do poder de atuação do crime organizado.

Dentre as várias propostas neste sentido, destaca-se a reorientação da política de drogas para estabelecer critérios objetivos de diferenciação entre usuários e traficantes e o fortalecimento das capacidades de estados e municípios na regulação de prestação de serviços para redução do poderio econômico do crime organizado associado ao controle territorial.

A Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (SENAD), articulada aos organismos internacionais, aprimora políticas públicas fundadas em evidências científicas, bem como tem a responsabilidade de transformar os bens apreendidos do tráfico ilícito de drogas em recursos destinados ao Fundo Nacional Antidrogas (FUNAD) para serem investidos na redução da oferta de drogas, na própria gestão e despesas empreendidas pela SENAD.

Enfim, a conversão antecipada de bens e ativos em recursos financeiros no contexto do tráfico de drogas, para além da atuação repressiva de combate ao crime organizado, deve ser entendida como instrumento de compensação para a sociedade, sobretudo mediante dispositivos que consolidem recursos para o Estado realizar políticas públicas. Nesse contexto, este artigo busca trazer um olhar sobre o tema por meio da análise do fluxo dos ativos apreendidos e pela venda coordenada pela SENAD e, por fim, a incorporação dos recursos para o Fundo Nacional Antidrogas (FUNAD).

1. INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DESTINADOS À APREENSÃO DE BENS E DE ATIVOS VINCULADOS A ATIVIDADES CRIMINOSAS

A Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, conhecida como Convenção de Viena (1988),⁶ contém disposições de grande alcance sobre a assistência jurídica mútua para busca e apreensões e, também para eventual confisco de rendimentos provenientes dos produtos do crime e de bens que tenham sido misturados com ativos legítimos, conforme atestam os artigos 7 e 5, respectivamente. Fruto do compromisso firmado pelo Estado brasileiro na Convenção de Viena, a apreensão e o eventual confisco de bens e ativos surgem no contexto da necessidade de cooperação internacional para combater o tráfico ilícito de drogas e outras atividades criminosas com ela relacionadas.

A partir dessa convenção, outros instrumentos sobre a apreensão e o eventual confisco de produtos do crime foram pactuados pela comunidade internacional ao nível global, regional e local. O artigo 6 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), de 2004, identifica o confisco dos produtos do crime como um meio importante na repressão à criminalidade organizada transnacional e exige que os Estados membros introduzam medidas para permitir o confisco de bens derivados de atividades criminosas.

Importa destacar que, a Lei 13.964/2019 acrescenta ao Código Penal brasileiro (artigo 91-A) a perda de bens considerados como produtos ou proveitos do crime, segundo presunção de origem ilícita. Trata-se de um avanço da legislação no combate à delinquência organizada ao dispor sobre essa nova modalidade de perda patrimonial no âmbito do Direito e do Processo Penal na qual, o legislador acolhe a possibilidade de presunção de ilicitude da origem dos bens incorporados ao patrimônio do condenado, devido à incompatibilidade com seu rendimento lícito, invertendo assim o ônus da prova. Consiste, como pontua Souza e Cardoso (2016), na perda “de toda parcela do patrimônio do condenado que se revelar incongruente com seus rendimentos lícitos e que seja presumivelmente oriunda da prática de outras infrações penais”. De fundamental importância para o Estado brasileiro e considerado o primeiro acordo multilateral firmado, a Convenção de Viena criou as bases para a criminalização de condutas de lavagem de dinheiro (art. 3º, b, i e ii, do Decreto n.º 154/1991) e, também, as bases para a introdução da perda alargada no direito brasileiro. Fausto Martin de Sanctis (2019) ressalta que as atenções se voltaram à lavagem de dinheiro

6 Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, promulgada pelo Decreto n.º 154, de 26 de junho de 1991.

devido à alta especialização e sofisticação de suas práticas organizadas⁷ e estruturadas internacionalmente para execução de crimes por um período considerável e atuando com o intuito de cometer os mais variados crimes. Visto que, o crime organizado só ganhou espaço para a legalização de seus recursos ilícitos devido à ineficácia das legislações tanto nacionais quanto internacionais, que não acompanhavam a evolução da criminalidade.

Na esteira desse pensamento, Callegari e Weber (2014, p. 52) ressaltam a importância da Convenção de Viena, com o reconhecimento do caráter internacional do crime de lavagem de dinheiro e, sua justificativa de inserção no ordenamento jurídico do Estado é devido à necessidade de confiscar os bens do lavador referentes aos valores e fortunas ilícitas geradas pelo tráfico ilícito de drogas.

Em uma leitura mais detalhada da referida convenção, é possível destacar que o Brasil adotou medidas específicas para a celebração de acordos bilaterais para o confisco definitivo de bens já previamente acertados nos acordos multilaterais (art. 5º, §5º, b, ii), a previsão da inversão do ônus da prova com respeito a origem lícita do suposto produto ou bens sujeitos a confisco (art. 5º, §7º), bem como a possibilidade da quebra do sigilo bancário (art. 5º, §3º).

Convém salientar que, as disposições previstas na Convenção de Viena compreendem o confisco dos rendimentos auferidos da atividade ilícita do art. 3º, §1º ou dos bens equivalentes a esse produto derivado dos delitos (art. 5º, §1º, a). Com isso, a Convenção auxilia os Estados Membros com suas definições no alcance de suas medidas necessárias, compreendidas as de ordem legislativa e administrativa, consoante as disposições fundamentais de seus respectivos sistemas jurídicos internos (art. 2º, §1º), o que resulta na possibilidade do uso desses ativos na prevenção e repressão a criminalidade.

Diante disso, a Convenção de Viena reconheceu a necessidade da erradicação do tráfico ilícito de drogas por meio de uma ação coordenada ao nível de cooperação internacional e de internalização de medidas nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados Membros. Ademais, ao aderir à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo),⁸ o Brasil firmou o compromisso para a inclusão da tipificação criminal de organização criminosa no direito interno, medidas para o combate a lavagem de dinheiro; previsão de confisco, apreensão de bens e sua disposição, a técnica especial de investigação a ‘entrega vigiada’ e entre outras medidas.

7 O art. 2º, a, da Convenção de Palermo, diz o seguinte: “a) Grupo criminoso organizado - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”.

8 Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada pelo Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004.

Por sua vez, o Estado brasileiro é signatário da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida)⁹ trazendo importantes mecanismos de recuperação de bens, em seu art. 31, estabelecendo a apreensão e o confisco dos produtos ou instrumentos utilizados na prática dos crimes inculpidos na presente Convenção. E ainda, foram incorporadas no ordenamento interno medidas para a devolução dos bens confiscados aos seus proprietários legítimos ou a indenização as vítimas (art. 57, §3º, c).

Levando-se em conta o que foi observado, constata-se que as Convenções de Viena, de Palermo e de Mérida foram incorporadas no ordenamento jurídico brasileiro para harmonizar¹⁰ os sistemas jurídicos de modo que não impeçam a Cooperação Jurídica entre os Estados, bem como para o aperfeiçoamento de medidas e procedimentos de cooperação. Assim, a harmonização dos ordenamentos jurídicos de cada Estado, tem como finalidade a atuação conjunta para o enfrentamento da criminalidade na Cooperação Internacional com a inserção de medidas e procedimentos de cooperação para o confisco definitivo e a gestão de ativos, como se verá a seguir.

1.1. A GESTÃO DE ATIVOS E OS PROJETOS “BIDAL” E “COPOLAD” NO ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS NO BRASIL

O Projeto de Bens Apreendidos e Confiscados na América Latina (BIDAL) foi inaugurado no Estado brasileiro em agosto de 2014, em parceria com a Secretaria Nacional de Justiça (SNJ) e da Secretaria Executiva da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e a Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) com a Organização dos Estados Americanos (OEA) e o Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime (UNODC), visando desenvolver a gestão de ativos confiscados.

O projeto coordenado pela Organização dos Estados Americanos (OEA) prevê a prestação de consultoria técnica sobre a destinação e administração dos ativos provenientes da atividade ilícita. Para isso, o projeto previu a criação de um Grupo de Trabalho Interinstitucional (GTI) formado por especialistas que atuam diretamente com a temática, para o desenvolvimento de boas práticas e aprimoramento do sistema de identificação, localização e gerenciamento de bens apreendidos e confiscados de origem ilícita (Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2015).

9 Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto n.º 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

10 De acordo com Bechara (2009, p. 54) “a harmonização consiste no processo de determinação do relacionamento entre diversos elementos a partir de um padrão pré-fixado, evitando ou mesmo eliminando conflitos”.

Esse projeto surgiu após o diagnóstico do sistema brasileiro de gestão de bens apreendidos, descentralizado, necessitava de uma legislação para a criação de um único órgão de gestão de ativos, uma vez que os objetos apreendidos de uma ação criminosa ficavam por anos aguardando o término da ação judicial e com a perda total de valor de mercado. Com isso, o projeto tinha o desafio de aprimorar o processo e melhorar a condição das investigações financeiras e patrimoniais, acrescentando a eficiência do sistema de gestão de ativos de origem ilícita (UNODC, 2014).

Cumprir enfatizar que, a iniciativa do projeto gerou uma série de análises com intuito de colaborar com os órgãos nacionais antidrogas a suportar a falta de recursos para o financiamento de programas de redução da oferta de drogas e o aprimoramento na aplicação da lei de drogas e mecanismos de gerenciamento dos bens provenientes do tráfico ilícito de drogas. Segundo estudos da Secretaria Executiva da Comissão Interamericana de Controle do Abuso de Drogas da Organização dos Estados Americanos – CICAD/OEA, os recursos provenientes dos bens apreendidos das organizações criminosas, em especial do tráfico ilícito de drogas e dos responsáveis pela lavagem de dinheiro, não eram devidamente administrados em prol do enfrentamento da criminalidade organizada (CdE Brasil, 2023).

Em 2008 e 2009, na primeira fase do projeto foram selecionados como beneficiários, a Argentina, o Chile e o Uruguai devido à semelhança de seus sistemas jurídicos e pela proximidade territorial. Na segunda fase do projeto, período compreendido entre 2011 a 2012, o projeto foi implementado em El Salvador e na República Dominicana, o que permitiu identificar os pontos fortes e suas debilidades de cada Estados em relação às investigações, apreensão e administração dos bens, bem como o destino dos bens confiscados e a troca de experiências e melhores práticas realizadas em Cooperação Internacional (OEA, 2013).

Como observa o Centro de Excelência para a Redução da Oferta de Drogas Ilícitas, no ano de 2014, o projeto fez uma análise da gestão de ativos no contexto brasileiro em que foram identificados os pontos a serem modificados em que resultou na alteração da Lei n.º 13.840/2019 que regula a venda antecipada de bens antes da sentença condenatória transitada em julgado, o que resultou na criação de novos mecanismos na gestão de ativos para evitar a depreciação do bem e contribuir na maior arrecadação ao Fundo Nacional Antidrogas (CdE Brasil, 2023).

Outro ponto relevante é o Programa de Cooperação entre a América Latina, Caribe e da União Europeia sobre as Políticas de Drogas (COPOLAD), sendo este financiado pela União Europeia como uma nova estratégia de enfrentamento as drogas para a melhoria das políticas públicas (COPOLAD, 2023a).

Nas fases anteriores,¹¹ a COPOLAD deu particular atenção na cooperação birregional para a redução da oferta, por meio da troca de informações, experiências, inteligência, no controle dos precursores, entre outras medidas. Na atual fase, COPOLAD III tem dado enfoque a facilitação e eliminação dos obstáculos legais na cooperação judicial e policial entre os países da região e da União Europeia para aprimoramento da cooperação, da troca de informações e dos processos de gestão de produtos químicos apreendidos sob a metodologia de segurança ambiental, o que resulta no controle dos produtos químicos utilizados na fabricação de drogas ilícitas (COPOLAD, 2023b).

Dessa maneira, o COPOLAD tem auxiliado no financiamento de programas para a inclusão social devido à redução da oferta de drogas ilícitas com as políticas públicas de enfrentamento, bem como no aprimoramento do controle e fiscalização dos precursores e nas melhorias dos ordenamentos jurídicos dos Estados com a diminuição do tempo na gestão dos produtos químicos apreendidos.

Depreende-se, portanto, as medidas empreendidas por estes projetos influenciam e protegem não somente os Estados envolvidos, mas sim garantem um elevado nível de proteção a toda a sociedade que na atualidade compartilha desse risco global.

2. A SENAD E A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS NO ESTADO BRASILEIRO

Para a implementação de Políticas Públicas sobre Drogas no Estado brasileiro, torna-se necessária a compreensão sobre o processo de implementação de políticas públicas e sua relação com o desenvolvimento de medidas de redução da oferta de drogas sob o fundamento dos compromissos internacionais internalizados no ordenamento jurídico brasileiro para evitar a expansão e proliferação da criminalidade que ultrapassou as fronteiras geográficas dos Estados. Nesse plano se insere o reconhecimento tanto no âmbito internacional quanto nacional que a corrupção, a lavagem de dinheiro e o crime organizado estão intrinsecamente vinculados ao narcotráfico as principais vulnerabilidades a serem combatidas com ações de redução da oferta (Decreto n.º 9.761/2019, anexo, 2.11).

Com isso, é a partir de ações de redução da oferta de drogas com fundamento nos acordos, convenções e planos firmados pelo Estado brasileiro internacionalmente, que legislação nacional tem suas bases com as orientações

11 Segundo os ensinamentos da European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction – EMCDDA (2023), a primeira fase do projeto COPOLAD I aconteceu entre os anos de 2011-2015, o segundo COPOLAD II nos anos de 2016-2020 e o atual COPOLAD III iniciou-se em fevereiro de 2021 com seu término em janeiro de 2025.

gerais e diretrizes, sendo incorporadas na Política Nacional de Drogas - PNAD (COPLANAR, v. 2, p. 8).

É nesse plano que foi criada a Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e Gestão de Ativos (SENAD), estando integrada a outros órgãos da esfera federal, estadual e municipal do Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas (SISNAD), estabelecida pela Lei n.º 11.343/2006.

Cumprir enfatizar que, a SENAD (2021) assumiu a responsabilidade de assegurar a aplicação da justiça através da transformação dos bens apreendidos provenientes do tráfico ilícito de drogas serão convertidos em recursos¹² para as políticas públicas sobre drogas e na promoção da ordem jurídica com a gestão de ativos e a prevenção do uso indevido de drogas, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas, bem como a repressão na produção não autorizada e do tráfico de drogas ilícitas.¹³ Para isso, a SENAD tem a tarefa de articular junto aos organismos internacionais, para realização de estudos e convênios com discussões e análises de dados para as melhores práticas e aprimoramento de políticas públicas fundadas em evidências científicas como forma de redução da oferta de drogas ilícitas.

No plano internacional, a SENAD tem trabalhado com os principais organismos internacionais: a Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas (CICAD), a Comissão de Entorpecentes (CND), o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) e o Programa de Cooperação entre a América Latina, o Caribe e a União Europeia sobre Política de Drogas (COPOLAD II e III) (CAPTA, 2021, v. 2, p. 12).

Já no plano nacional, a SENAD (2021) está atuando no âmbito da política pública sobre drogas em três eixos: a redução da oferta de drogas e o enfrentamento ao tráfico ilícito de drogas e crimes com ele relacionados; gestão de recursos apreendidos relacionados aos crimes de drogas e crimes conexos.

Com relação à estrutura, a SENAD possui três diretorias:¹⁴ de Gestão de Ativos e Justiça; de Prevenção e Reinserção Social (DPRS) e a de Pesquisa, Avaliação e Gestão de Informações (DPAGI). Importa destacar que, as funções das três diretorias não serão objeto de aprofundamento tendo em vista que a presente pesquisa está direcionada à análise de como a gestão de ativos possibilita o aumento de ações de prevenção e redução da oferta de drogas.

12 Importante frisar que na Conferência das Nações Unidas contra a Corrupção, na reunião da oitava sessão, em 2019, houve a elaboração de um guia com 14 diretrizes não vinculativas para assessorar os Estados-Membros na de gestão de Ativos (CdE Brasil, 2023). Ao caso em tela, necessário se faz observar a Diretriz 5, da Gestão de Ativos da UNAC, nos seguintes termos: “Os Estados-membros podem considerar oferecer um conjunto de ordens de confisco de acordo com as opções de alienação e considerando o ativo e seu valor, da maneira que for mais apropriada”.

13 Segundo o art. 3º, I e II, da Lei n.º 11.343/2006, diz o seguinte: “Art. 3º O Sisnad tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com: I - a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas; II - a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas”.

14 Para maiores esclarecimentos sobre a competência das três Diretorias da SENAD verificar os arts. 21, 22 e 23 do Decreto n.º 11.348/2023.

Além disso, a SENAD exerce a função de Secretaria Executiva do Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas – CONAD (art. 20, XIII, do Decreto n.º 11.348/2023), tendo como presidente o Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública e em caso de ausência e impedimento será substituído pelo Secretário Nacional de Políticas sobre Drogas e Gestão de Ativos do Ministério da Justiça e Segurança Pública (art. 3º, §2º, do Decreto n.º 11.480/2023). Feitas essas considerações necessárias, passa-se a discorrer sobre a elaboração das políticas públicas relacionadas a redução da oferta das drogas ilícitas.

2.1. A SENAD E A ELABORAÇÃO DE POLÍTICAS RELACIONADAS À REDUÇÃO DA OFERTA DE DROGAS

Para a elaboração de Políticas Públicas de redução à oferta de drogas no Estado brasileiro, se faz necessário uma atuação em conjunto dos órgãos estatais com medidas coordenadas, o que é um desafio a ser enfrentado na busca incessante da melhor qualidade de vida do cidadão e no dever estatal de proteger do uso das drogas tanto lícitas quanto ilícitas e a dependência das drogas.

Isso explica a importância da elaboração de políticas relacionadas à redução da oferta de drogas precisa de ações coordenadas dos órgãos estatais com ações relacionadas a segurança pública, defesa, inteligência, regulamentação de substâncias precursoras, de substâncias controladas e de drogas lícitas, combate da produção não autorizada, repressão ao tráfico de drogas, à lavagem de dinheiro e crimes conexos, compreendendo a recuperação de ativos que financiam ou sejam produtos auferidos com as atividades ilícitas (Decreto n.º 9.761/2019, Anexo, 2,9, c).

É importante salientar na Análise Executiva da Questão de Drogas no Brasil (2021, p. 81-98) chegou-se à conclusão que o tráfico de drogas é uma das atividades mais lucrativas do mundo, o que é um incentivo diante da dificuldade estatal de controle dos recursos financeiros e patrimoniais provenientes do tráfico de drogas, tendo em vista que tais recursos são reinvestidos no mercado formal para sua legitimação.

Uma das dificuldades enfrentadas na redução da oferta de drogas é as dimensões territoriais¹⁵ do Estado brasileiro, a localização,¹⁶ a proximidade de regiões de produção de drogas, falta de recursos humanos, materiais e

15 Para esclarecer, o Curso *CoPlanar* do Ministério da Justiça e Segurança Pública (2022, v. 2, p. 17) destaca que devido à extensão territorial o controle do ingresso de drogas é um desafio, tendo em vista que o Estado brasileiro possui 16 quilômetros de fronteira (7.363 km de linha por terra e 9.523 km de rio, lagos e canais), além dos 7,4 mil quilômetros de faixa litorânea. Contudo, se faz necessário um grande número de servidores e tecnologias avançadas para o exercício da atividade, o que na realidade não acontece na maioria das vezes devido à falta de recursos orçamentários para a contratação de pessoal.

16 Importa destacar que, o Estado brasileiro tem uma localização estratégica na rota do tráfico, devido a sua posição de divisa entre os Estados produtores de drogas, tais como a Colômbia, Peru e Bolívia (maiores produtores de cocaína), além do Paraguai (maior produtor de maconha) e como rota de envio aos consumidores mundiais (COPLANAR, v. 2, p. 15).

logísticos para o enfrentamento do tráfico ilícito de drogas, especialmente nas zonas de fronteira devido à extensão territorial (CONAD, 2021, p. 47).

Outro ponto relevante da dificuldade da redução da oferta de drogas é a falta de estratégia para a descapitalização das organizações criminosas e a facilidade de mão-de-obra barata para o narcotráfico, o que compromete a capacidade estatal de enfrentamento ao crime organizado (COPLANAR, v.2, p. 15).

Além disso, nos estudos realizados pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública já ficou constatado que há problemas na priorização de medidas e coordenação para ações vinculadas entre os órgãos estatais na redução da oferta de drogas lícitas (álcool, tabaco e benzodiazepínicos), bem como as novas substâncias psicoativas (NSP)¹⁷ que devido à falta de controle estatal dá margem a lucratividade das organizações criminosas (CONAD, 2021, p. 48).

Para tanto, na elaboração de políticas públicas relacionadas à redução da oferta de drogas a SENAD (2023) atua sob dois enfoques: (1) a redução da oferta de drogas e no enfrentamento ao tráfico de drogas e crimes conexos; e (2) na gestão dos recursos apreendidos provenientes das atividades criminosas relacionadas ao tráfico de drogas. Com relação à estrutura organizacional, a Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e Gestão de Ativos (SENAD, 2021) conta agora com três diretorias: (a) de Prevenção e Reinserção Social (DPRS); (b) Diretoria de Pesquisa, Avaliação e Gestão de Informações (DPAGI) e (c) Diretoria de Gestão de Ativos e Justiça (DGA). E, ainda a criação Coordenação-Geral de Projetos Especiais sobre Drogas e Justiça Racial. No tocante a gestão de ativos será objeto de aprofundamento, em momento oportuno, tendo em vista que a presente pesquisa é direcionada à análise de como a gestão de ativos pode possibilitar o aumento de ações de prevenção e redução da oferta de drogas.

É nesse contexto que a SENAD (2023) busca ampliar os diálogos e a parceria entre os Estados e Municípios para a consolidação do Sistema Nacional de Política sobre Drogas (SISNAD), bem como recolocar o Estado brasileiro na política internacional sobre drogas¹⁸ através dos diálogos regionais e no alcance dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 das Nações Unidas.

Além disso, importantes medidas foram tomadas com o Decreto Presidencial n.º 11.480/2023 ao reestabelecer a participação social, determinando a composição paritária entre os representantes do Executivo

17 O Curso *TruNSPor* do Ministério da Justiça e Segurança Pública (2023, v. 1, p. 10) ensina que as novas substâncias psicoativas “[...] significam um risco para a saúde pública mundial e um problema para os órgãos de controle, uma vez que essas substâncias podem ter efeitos nocivos semelhantes ou ainda mais potentes que os de outras já controladas, mas podem ser consideradas legais em muitos países enquanto não forem devidamente incluídas na legislação vigente local ou nos tratados internacionais”.

18 Cabe ainda enfatizar que a SENAD (2023) no evento de abertura da 66ª Comissão de Narcóticos das Nações Unidas, em Viena, destaca seu direcionamento a favor de uma política voltada aos direitos humanos no enfrentamento as drogas.

Federal e da sociedade civil e a indicação do processo eleitoral participativos, o que resulta na diversificação da representação e na natureza das organizações e entidades que vão compor o Colegiado (art. 5º, §1º).

Assim, a SENAD tem uma importante missão e desafio na redução da oferta de drogas ilícitas ao elaborar políticas públicas baseadas em evidências do cotidiano e no fortalecimento da cooperação entre os órgãos internos estatais para o fomento da cultura da legalidade com medidas de prevenção.

3. O PAPEL DO FUNDO NACIONAL ANTIDROGAS NA GESTÃO DE ATIVOS DO NARCOTRÁFICO

Inicialmente, é preciso destacar que o confisco de bens apreendidos provenientes do tráfico de drogas vai além da repressão ao crime, pois tais bens ou valores podem ser convertidos para serem utilizados no enfrentamento ao crime e em prol da sociedade, nos termos do art. 243 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88).¹⁹

Sobre o assunto, o Ministério da Justiça e Segurança Pública sustenta que todos os bens apreendidos provenientes do tráfico ilícito de drogas serão convertidos em recursos ao Fundo Nacional Antidrogas (FUNAD), sendo a Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (SENAD), o órgão gestor do Fundo²⁰ (COPLANAR, v. 2, p. 28).

Por isso, o FUNAD foi criado pela Lei n.º 7.560/1986, denominado na época de Fundo de Prevenção, Recuperação e de Combate às Drogas de Abuso (FUNCAB), com intuito de dar o aporte necessário às políticas públicas sobre as drogas, o que garantia uma reserva de recursos na aplicação para a redução da oferta e demanda por drogas (CONAD, 2021, p. 41).

Quanto aos recursos do FUNAD, a Lei n.º 7.560, de 19 de dezembro de 1986, em seu art. 2º, determina que a fonte tem origem em dotações específicas no orçamento da União; em doações de organismos ou entidades nacionais, internacionais ou estrangeiras, bem como de pessoas físicas ou jurídicas nacionais ou estrangeiras; recursos vindos da alienação de bens relacionados ao tráfico de drogas e os recursos vindos do tráfico de drogas; recursos provenientes de emolumentos e multas, arrecadados no controle e fiscalização de drogas e medicamentos controlados, bem como produtos químicos usados na fabricação e transformação de drogas de abuso; recursos de outras origens, o que inclui os provenientes de financiamento externo

19 Eis o teor: “Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º. Parágrafo único. *Tudo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei*” (Grifo nosso).

20 Conforme o art. 1º, da Lei n.º 7.560/1986, diz o seguinte: “Art. 1º Fica instituído, no âmbito do Ministério da Justiça e Segurança Pública, o Fundo Nacional Antidrogas (FUNAD), a ser gerido pela Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (Senad), do Ministério da Justiça e Segurança Pública”.

e interno; recursos decorrentes do perdimento em favor da União dos bens, direitos e valores objeto do crime de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; rendimentos de qualquer natureza decorrente de aplicação do patrimônio do FUNAD, o que inclui os obtidos como remuneração; os saldos no final de cada exercício serão transferidos para o exercício seguinte, a crédito do FUNAD, como também os valores da imposição de multas de medidas educativas²¹ relacionadas ao art. 29, da Lei n.º 11.343/2006.

Desse modo, os recursos são investidos na redução da oferta de drogas com projetos de reaparelhamento e custeio das atividades de fiscalização, controle, repressão ao uso e tráfico ilícito de drogas. É necessário destacar ainda que tais recursos são também investidos na redução da demanda associados a programas de prevenção, cuidado, atenção, tratamento e reinserção social dos usuários de drogas. E nunca é demais lembrar que esses recursos são também essenciais na gestão do FUNAD e nas despesas no cumprimento das atividades da Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, o que são revertidos em benefício de toda a sociedade (Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2023a).

Feitas essas considerações, observa-se que o confisco de bens apreendidos provenientes do tráfico de drogas pode ter diferentes tipos de bens, como, por exemplo, veículos, embarcações, aeronaves, semoventes, produtos agrícolas, imóveis, eletrônicos, empresas utilizadas para o cometimento de crimes de lavagem de dinheiro do tráfico ilícito de drogas. Para tanto, os órgãos estatais têm conferido especial atenção aos bens relacionados ao crime de tráfico ilícito de drogas, tanto no ponto de vista da investigação quanto na conversão dos ativos apreendidos transformados em recursos a serem direcionados em prol da sociedade na forma de políticas públicas (CONAD, 2021, p. 291).

Assim, a partir da apreensão dos bens provenientes do tráfico ilícito de drogas pelas autoridades competentes, ocorrerá a descapitalização das organizações criminosas que operam o tráfico ilícito com o perdimento dos bens em favor da União, sendo atribuição da SENAD, através da Diretoria de Gestão de Ativos e Justiça, a execução da alienação e ao final a incorporação dos recursos ao FUNAD.

Apesar da previsão constitucional e legal da gestão de ativos, é notável as notícias jornalísticas da quantidade de bens apreendidos oriunda do tráfico ilícito de drogas que superlotam os pátios mantidos pelas autoridades policiais de todo o Brasil, e devido ao tempo de permanência há depreciação do bem deixando de ser uma fonte de recurso no financiamento de políticas públicas de prevenção ao uso de

21 Eis o teor: “Art. 29. Na imposição da medida educativa a que se refere o inciso II do § 6º do art. 28, o juiz, atendendo à reprovabilidade da conduta, fixará o número de dias-multa, em quantidade nunca inferior a 40 (quarenta) nem superior a 100 (cem), atribuindo depois a cada um, segundo a capacidade econômica do agente, o valor de um trinta avos até 3 (três) vezes o valor do maior salário mínimo”.

drogas, recuperação de vítimas das drogas ou para o enfrentamento ao crime organizado (COPLANAR, v.2, p. 28-32).

Em 2019, a SENAD passava por mudanças significativas modificando a política de gestão de ativos ao reduzir os estoques acumulados, dando maior celeridade aos novos ativos e aumentando as receitas para o financiamento de políticas de segurança pública. Mas, para alcançar esses objetivos, investiu no desenvolvimento de soluções em tecnologia, redesenho de processos, gestão de pessoas e celebrando parcerias com atores estratégicos que trabalham na gestão de ativos (CONAD, 2022, p. 50).

Outro ponto relevante trazido no Curso *CoPlanar* do Ministério da Justiça (2022, v. 2, 32-33) no aprimoramento da gestão de ativos foi a Lei n.º 13.840/2019 e a Medida Provisória n.º 885/2019, convertida em Lei n.º 13.886/2019, uma vez que modificaram e estabeleceram novos dispositivos na Lei de Drogas e na Lei do FUNAD. Dentre as mudanças, tivemos a criação do incentivo para a atuação conjunta entre a União, Estados e Distrito Federal na gestão de ativos, o que beneficiou as polícias aprensoras que tiveram um percentual de vinte a quarenta por cento dos recursos provenientes da alienação dos respectivos bens, mas desde que tenham uma estrutura orgânica²² destinada à gestão de ativos apreendidos nas unidades federativas, possibilitando o controle e a alienação de bens apreendidos e na efetivação de suas destinações, bem como a regularidade no fornecimento de dados estatísticos no art. 17 da Lei n.º 11.343/2006.²³

Como medida de reforço, surge a Portaria n.º 1, de 10 de janeiro de 2020 regulamentando os procedimentos de incorporação e a doação de bens ao FUNAD, bem como a indicação de bens apreendidos para uso em favor da União. E, ainda recentemente a Lei n.º 14.322, de 6 de abril de 2022²⁴ houve a alteração da Lei n.º 11.343/2006 (Lei Antidrogas), para exclusão da possibilidade de restituição do veículo de transporte de droga ilícita e para permitir a alienação ou o uso público do veículo independente da habitualidade da prática criminosa.

Corroborando essa ideia, o Curso *CoPlanar* do Ministério da Justiça e Segurança Pública (2022, v. 2, p. p. 36) enfatiza que a Lei de Drogas passou a prever o confisco definitivo do veículo usado no transporte de drogas ilícitas,

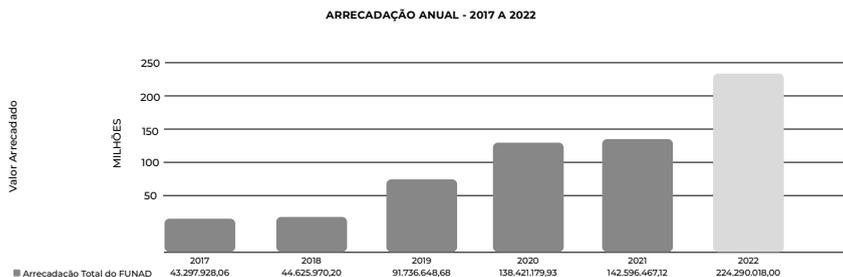
22 Segundo o Ministério da Justiça e Segurança Pública “As estruturas orgânicas destinadas à gestão de ativos apreendidos correspondem à Comissão Permanente de Avaliação e Alienação de Bens, composta necessariamente por integrantes das polícias e do Departamento de Trânsito do estado, além de outros atores que se considerarem necessários” (COPLANAR, v. 2, p. 33).

23 Diz o dispositivo legal: “§ 1º Deverá ser disponibilizado para as polícias estaduais e distrital, responsáveis pela apreensão do bem móvel ou pelo evento que der origem a sequestro de bem móvel a que se refere o art. 4º desta Lei, percentual de 20% (vinte por cento) a 40% (quarenta por cento) dos recursos provenientes da alienação dos respectivos bens, a título de transferência voluntária, desde que os referidos órgãos: I – demonstrem a existência de estruturas orgânicas destinadas à gestão de ativos apreendidos nas unidades federativas, capazes de auxiliar no controle e na alienação de bens apreendidos e na efetivação de suas destinações; e II – estejam regulares com o fornecimento dos dados estatísticos previstos no art. 17 da Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006.

24 É preciso destacar que a Lei n.º 14.322, de 6 de abril de 2022 entrou em vigor na data da publicação (art. 2º).

independente da aquisição do veículo ser feita com recursos obtidos de forma lícita, salvo o direito do terceiro de boa-fé (art. 60, §6º, da Lei n.º 11.343/2006).

Como resultados dessas mudanças legislativas e de gestão de ativos, o Ministério da Justiça e Segurança Pública apresenta os valores anuais arrecadados pelo FUNAD, são os seguintes:



Fonte: Ministério da Justiça e Segurança Pública (2023b).

Assim, restou demonstrado que a partir de 2019 com as mudanças legislativas tivemos uma ampliação da arrecadação, o que foi benéfico para o financiamento da política pública sobre as drogas²⁵ e tal controle estatístico é de fundamental importância no planejamento e tomada de decisões do gestor público para as próximas ações,²⁶ projetos²⁷ e programas²⁸ a serem

25 Consoante anota o CONAD (2023, p. 52) que além dos equipamentos apreendidos e incorporados ao patrimônio público (como as aeronaves, por exemplo) e de recursos oriundos do tráfico ilícito de drogas são restituídos às forças policiais por força da Lei, sendo aplicados os recursos para aquisição de viaturas, estruturas e equipamentos de inteligência, de comunicação e de perícia, programas de capacitações para policiais e outros membros da estrutura estatal com atuação ao combate ao narcotráfico.

26 Nesse particular, o CONAD (2023, p. 63) acrescenta que a Escola Nacional de Cães de Faro é uma iniciativa conjunta da PRF e da SENAD no reforço de ações policiais de combate ao narcotráfico em todo o estado brasileiro. As obras estão em fase de conclusão para comportar uma estrutura que contará com maternidade, pátios para treinamento, canis, dormitórios e salas de aula para os policiais que irão acompanhar os cães nos exercícios. A escola terá a capacidade de comportar aproximadamente 30 cães e receberá agentes de outras instituições do SISNAD para treinamento.

27 Segundo o CONAD (2023, p. 52) destaca que, até o momento, aproximadamente 8 mil profissionais do SISNAD participam do curso EaD sobre os Fundamentos para a Repressão ao Narcotráfico e ao Crime Organizado (Curso Front) e na Política sobre Drogas na perspectiva da Redução de Oferta (Curso Captando), oferecidos em parceria com a Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. É preciso destacar que essas capacitações, bem como outras iniciativas voltadas a públicos específicos, pretendem provocar uma mudança na cultura dos atores responsáveis pela repressão ao narcotráfico, ampliando conhecimentos de suas competências para atuação consoante a estratégia de descapitalização das organizações criminosas do narcotráfico.

28 O CONAD (2023, p. 60) observa que a Comissão de Drogas Narcóticas (CND) do UNODC (Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime), durante a 63ª sessão da CND, em março de 2020, aprovou uma resolução que encoraja os Estados signatários das Convenções Internacionais sobre drogas a formularem ou expandirem programas para o desenvolvimento alternativo de soluções econômicas para as comunidades afetadas não somente pelo cultivo, mas também pelo narcotráfico. Dentre os patrocinadores, o Brasil assumiu o compromisso internacional de desenvolver algum programa que a contemple. Como, por exemplo, o Projeto “Tô de Boa” inspira-se em dois programas da Política de Prevenção à Criminalidade de Minas Gerais: O Programa de Controle de Homicídios – “Fica Vivo!” e o Programa de Mediação de Conflitos, uma vez que possuem sólida base teórica para adaptação a um novo contexto de desenvolvimento sustentável para o envolvimento ao narcotráfico. Além disso, o Programa “Fica Vivo!” já passou por avaliações de custo-benefício, sendo considerado um programa bastante econômico se comparado a graves crimes que foram evitados e a quantidade de vidas salvas devido a tal iniciativa.

investidos com os recursos provenientes do FUNAD no enfrentamento do crime organizado decorrente do tráfico ilícito de drogas.

3.1. A Adoção de Padrões Internacionais na Gestão de Ativos do Funad

Como signatário das Convenções de Viena (1988), de Palermo e de Mérida, o Brasil internalizou importantes medidas de cooperação jurídica internacional no enfrentamento da criminalidade transfronteiriça. É nessa perspectiva que são adotados padrões internacionais para a melhoria do Sistema de Gestão de Ativos do Fundo Nacional Antidrogas (GFUNAD) e no trabalho realizado pela SENAD por meio das autoridades competentes envolvidas na difícil tarefa de ampliar o financiamento de políticas públicas sobre drogas através da descapitalização das organizações criminosas, o que estará atrelado às ações de prevenção e redução da oferta de drogas.

Logo, a gestão de ativos possibilita o aumento de ações de prevenção e redução da oferta de drogas através do estudo da experiência de 64 países trazida pelo UNODC (2017, p. 66-67) na gestão e disposição dos bens apreendidos e confiscados nos diferentes sistemas jurídicos em que haverá a verificação das melhores tendências e experiências no enfrentamento ao crime organizado decorrente do tráfico ilícito de drogas. O UNODC traz um repensar na destinação do uso dos bens confiscados que deve ser priorizado a depender da sociedade para o financiamento do escritório de recuperação de bens, compensar as vítimas²⁹ e reinvestir em benefício da sociedade.

Cabe enfatizar que o UNODC (2021) tem realizado debates para mostrar como os ativos apreendidos do tráfico ilícito de drogas podem ser utilizados no financiamento de políticas públicas para a redução da oferta e demanda de drogas, como o projeto-piloto do Centro de Excelência para a Redução da Oferta de Drogas Ilícitas (CdE), parceria entre a Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas do Ministério da Justiça e Segurança Pública (SENAD/MJSP), o Escritório da ONU sobre Drogas e Crime (UNODC) e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD).

Para isso, o Governo brasileiro tem trabalhado a partir de novos mecanismos legislativos para a gestão de ativos com a alienação antecipada, de 2019, que permitiu a venda de bens no prazo de 30 dias após a apreensão. Antes a gestão de ativos, tinha como média oito leilões por ano até 2018, em 2020 foram 125 leilões e no ano de 2021 só no primeiro trimestre foram 51 leilões. Com a venda de tais bens, ocorreu a arrecadação de R\$ 140 milhões

29 Na União Europeia, segundo o Parlamento Europeu (2018) aprovou, em 4 de outubro de 2018, o relatório que tornou mais célere o congelamento e o confisco de bens oriundos da criminalidade, com o fim de combater as organizações criminosas. Nessa nova perspectiva, o direito da vítima à compensação tem prioridade em face do confisco do Estado.

em 2020 que foram destinados a cursos de capacitação para agentes de segurança e o projeto-piloto do CdE (UNODC, 2021).

Como forma de resolver os problemas relacionados à gestão de ativos e a utilização de bens na geração de recursos para o financiamento de políticas públicas sobre drogas, a SENAD desenvolve programas em parceria com as Polícias Cíveis, a Polícia Federal e a Polícia Rodoviária Federal (COPLANAR, v. 2, p. 37).

É nesse plano que se insere o Projeto *Check-in*, criado em 2019, como resposta ao grande número de veículos apreendidos da prática do crime de tráfico de drogas que se encontram em depósitos e pátios de todo o território nacional. O projeto tem como finalidade o recadastramento através de uma plataforma online em que o órgão policial tem a guarda dos bens informa à SENAD, indica a localização exata, os dados de identificação e o processo judicial vinculado ao bem, o que contribuiu para o aumento expressivo de leilões (CdE Brasil, 2021).

A partir dessas informações repassadas, a SENAD aciona os leiloeiros contratados por ela para avaliação e alienação do bem oriundo do crime de tráfico de drogas ilícitas. Inicia-se, assim, a importante atuação das Comissões Permanentes de Avaliação e Alienação de Bens nos Estados, com a função de realizar a interlocução para as atividades de resultarão na alienação dos bens. Logo em seguida da conversão dos bens em recursos ao FUNAD, entre vinte a quarenta por cento desses valores retornam para as polícias aprensoras dos Estados, mediante transferências voluntárias elegidas no Banco de Projetos, organizado pela SENAD (COPLANAR, v. 2, p. 37-39), nos termos da Portaria n.º 18/2019.³⁰

Além disso, há a alienação antecipada como uma ação de fundamental importância na ampliação do financiamento de políticas públicas sobre drogas. Contudo, essa ação precisa ser articulada entre as autoridades policiais aprensoras, o Poder Judiciário e a SENAD, em que realizará a avaliação e alienação dos bens apreendidos no início do processo judicial,³¹ exceto as armas, que serão apanhadas conforme a legislação específica (COPLANAR, v. 2, p. 39).

E, ainda, o Ministério da Justiça e Segurança Pública (2022c) ressalta a importância das Comissões Permanentes de Avaliação que atuam no

30 Tais projetos serão previamente habilitados e apresentados pelos órgãos de segurança pública federal, estadual e distrital para a consecução da redução da oferta de drogas, no apoio da SENAD e ao financiamento do FUNAD, sendo recebidos pela SENAD em caráter contínuo e permanente, nos termos dos arts. 1º e 3º, da Portaria n.º 18/2019. Importa destacar que o Banco de projetos tem a finalidade de fomentar políticas públicas sobre drogas e no combate ao tráfico de drogas e crimes conexos, incluindo a recuperação de ativos que financiem ou sejam resultados dessas atividades criminosas (art. 3º, da Portaria n.º 18/2019).

31 De acordo com o art. 61, §1º, da Lei n.º 11.343/2006, diz o seguinte: “Art. 61. A apreensão de veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte e dos maquinários, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza utilizados para a prática, habitual ou não, dos crimes definidos nesta Lei será imediatamente comunicada pela autoridade de polícia judiciária responsável pela investigação ao juízo competente. § 1º O juiz, no prazo de 30 (trinta) dias contado da comunicação de que trata o caput, determinará a alienação dos bens apreendidos, excetuadas as armas, que serão recolhidas na forma da legislação específica”.

processo ao manter um canal de comunicação entre os leiloeiros e a Justiça do Estado, prestando o apoio necessário para que o Poder Judiciário possa solicitar à SENAD, por meio do peticionamento eletrônico de informações (SEI), a alienação antecipada dos ativos provenientes do tráfico ilícito de drogas. Desse modo, a alienação antecipada contribuiu no aprimoramento da gestão de ativos provenientes do tráfico ilícito de drogas, uma vez que os bens deixaram de perder o valor de mercado ao ficarem depreciados e haverá uma maior arrecadação para o financiamento das políticas públicas no enfrentamento ao crime organizado decorrente do tráfico ilícito de drogas. Depreende-se, portanto, que o Estado brasileiro buscou aprimorar a gestão de ativos consolidando o aumento de ações de prevenção e a redução da oferta de drogas em obediência ao princípio constitucional que norteia a Administração Pública brasileira, o princípio da eficiência,³² uma vez que trouxe menores custos de manutenção do confisco de ativos apreendidos provenientes do tráfico de drogas nos pátios de todo o território nacional e uma ampliação do financiamento das políticas públicas expandindo a capacidade estatal no enfrentamento do crime organizado decorrente do tráfico ilícito de drogas.

CONCLUSÃO

Para o enfrentamento das organizações criminosas do tráfico ilícito de drogas foi preciso a implementação de políticas públicas atreladas a medidas de redução da oferta de drogas sob o fundamento dos compromissos internacionais que tiveram de ser internalizados no ordenamento jurídico brasileiro para evitar a expansão e proliferação da criminalidade que ultrapassou as fronteiras territoriais dos Estados.

É nesse contexto que se insere a Convenção de Viena (1988), sendo o primeiro compromisso firmado pelo Estado brasileiro dando bases para a criminalização da lavagem de dinheiro no direito interno e no plano internacional, promoveu a cooperação entre os Estados- Membros para o confisco dos rendimentos ou bens equivalentes ao produto derivado do tráfico ilícito de drogas e outras atividades criminosas com ela relacionadas, dando a oportunidade do uso desses ativos na prevenção e repressão.

Da mesma forma, com a Convenção de Palermo houve a tipificação penal de organização criminosa no direito interno, com a previsão de medidas para o combate a lavagem de dinheiro, e apreensão de bens de confisco, entre outras medidas. Por sua vez, a Convenção de Mérida trouxe medidas

32 É o que determina o art. 37, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que diz o seguinte: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”.

para a recuperação de ativos, apreensão e o confisco dos produtos do delito ou instrumentos utilizados na prática de crimes.

Por tais razões, as três Convenções Internacionais, ao serem incorporadas no ordenamento jurídico brasileiro, harmonizaram os sistemas jurídicos para atuação em conjunto no enfrentamento das organizações criminosas oriundas do tráfico ilícito de drogas com medidas e procedimentos para o confisco definitivo e a gestão de ativos.

Para a implementação de soluções ao tráfico ilícito de drogas, tornou-se necessária a descapitalização das organizações criminosas e a cooperação entre os órgãos estatais devido à falta recorrente de recursos para o financiamento de políticas públicas na promoção da redução da oferta de drogas e expansão da capacidade estatal de enfrentamento às organizações criminosas do tráfico.

Como medidas de reforço, surgiu o Projeto BIDAL auxiliando no desenvolvimento da gestão de ativos confiscados. Para isso, o projeto contribuiu na alteração legislativa para regular a venda antecipada de bens antes da sentença condenatória transitada em julgado, o que foi um grande avanço na gestão de ativos para evitar a depreciação do bem e no incremento da arrecadação ao FUNAD voltadas ao aumento de ações preventivas e redução da oferta de drogas.

Por sua vez, o COPOLAD contribuiu na cooperação judicial e policial, bem como aprimorou a troca de informações e os processos de gestão de ativos apreendidos para o financiamento de programas de inclusão social com a redução da oferta de drogas. Logo, tais projetos influenciam e contribuem não somente com os Estados envolvidos, mas também garantem proteção a toda a sociedade que compartilha desse risco global devido ao auxílio na prevenção e redução da oferta de drogas.

Nesse plano, insere-se a implementação de Políticas Públicas sobre Drogas no Estado brasileiro sob o fundamento de convenções, acordos e projetos internacionais firmados sobre os quais a legislação nacional possui suas bases para a Política Nacional de Drogas (PNAD). Assim, articulada aos organismos internacionais, a SENAD induz o aprimoramento de políticas públicas fundadas em evidências científicas, bem como detém a responsabilidade de transformar os bens apreendidos do tráfico ilícito de drogas em recursos destinados ao Fundo Nacional Antidrogas (FUNAD). Os recursos são geridos pela SENAD, sendo investidos, além da redução da oferta de drogas, na gestão do FUNAD e em despesas para no cumprimento das medidas empreendidas pela SENAD em benefício de toda a sociedade.

Para tanto, foi a partir de 2019 que tivemos novos mecanismos legislativos para a gestão de ativos com a alienação antecipada, o que contribuiu no aprimoramento da gestão de ativos provenientes do narcotráfico, uma vez que os bens deixaram de ficar depreciados sem valor de mercado e sendo uma nova fonte de recursos para o financiamento de políticas públicas, o

que consolidou o aumento de ações de prevenção e a redução da oferta de drogas em obediência ao princípio da eficiência que norteia todas as ações da Administração Pública brasileira.

Por tais razões, as mudanças legislativas trazidas permitiram aprimorar a gestão de ativos como uma nova fonte de recursos no financiamento de políticas públicas sobre drogas como uma política de Estado, visto que o incremento do volume de ativos pela alienação antecipada é uma tendência internacional necessária dando maior capacidade estatal no enfrentamento e a redução da oferta de drogas devido ao controle estatístico fundado em evidências científicas para o planejamento e a tomada de decisões do gestor público para as próximas ações, projetos e programas a serem investidos com os recursos provenientes do FUNAD no enfrentamento das organizações criminosas do tráfico ilícito de drogas.

REFERÊNCIAS

- BECHARA, Fábio Ramazzini. *Cooperação Jurídica Internacional em Matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior*. São Paulo: USP, 2009, 198 p.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.
- BRASIL. *Decreto n.º 154 de 26 de junho de 1991*. [Convenção de Viena de 1988]. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Brasília, DF: Presidência da República, 1991.
- BRASIL. *Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004*. [Convenção de Palermo]. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Brasília, DF: Presidência da República, 2004.
- BRASIL. *Decreto n.º 5.687, de 31 de janeiro de 2006*. [Convenção de Mérida]. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Brasília, DF: Presidência da República, 2006.
- BRASIL. *Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006*. [Lei de Drogas]. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2006.

BRASIL. *Decreto n.º 9.761, de 11 de abril de 2019*. Aprova a Política Nacional sobre Drogas. [PNAD]. Presidência da República, 2019.

BRASIL. *Portaria n.º 18, de agosto de 2019*. Estabelece diretrizes e orientações para o encaminhamento de projetos à Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas do Ministério da Justiça e Segurança Pública e institui o Banco de Projetos – SENAD. Brasília, DF: MJSP, 2019.

BRASIL. *Decreto n.º 11.348, de 1º de janeiro de 2023*. Aprova a Política Nacional sobre Drogas. Brasília, DF: Presidência da República, 2023.

BRASIL. *Decreto n.º 11.480, de 6 de abril de 2023*. Dispõe sobre o Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas. Brasília, DF: Presidência da República, 2023.

BRASIL. *Lei n.º 13.840, de 5 de junho de 2019*. Altera as Leis nos 11.343, de 23 de agosto de 2006 [...], para dispor sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas e as condições de atenção aos usuários ou dependentes de drogas e para tratar do financiamento das políticas sobre drogas. Brasília, DF: Presidência da República, 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Grupo de Trabalho Interinstitucional – GTI: Projeto Bidal Brasil*. Brasília, DF: MJSP, 2015.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Fundo Nacional Antidrogas – FUNAD*. Brasília, DF: Presidência da República, 2023a.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *FUNAD em números*. Brasília, DF: Presidência da República, 2023b.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Manual de Orientação: Avaliação e Alienação Cautelar e Definitiva de Bens*. Brasília, DF: MJSP, 22. 08. 2022c.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Plano Nacional de Políticas sobre Drogas*. Brasília, DF: MJSP, 2023d.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014.

CAPTA. [Capacitación sobre Políticas Nacionales sobre Drogas]. *Curso CaPta*. Brasília, DF: MJSP, 2021, v. 2.

CDE. [Centro de Excelência para Redução de Oferta de Drogas Ilícitas]. 1º Boletim temático: *Gestão de ativos do tráfico de drogas – Descapitalização do crime organizado para fortalecer as políticas públicas no Brasil*, abril de 2021.

CDE. [Centro de Excelência para a Redução da Oferta de Drogas Ilícitas]. *Gestão de Ativos e Fluxos Financeiros Ilícitos*, outubro de 2022.

CNJ. *Resolução n.º 356, de 27 de novembro de 2020*. Dispõe sobre a alienação antecipada de bens apreendidos em procedimentos criminais e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 2020.

COAF. *As recomendações do GAFI: livro traduzido e publicado pelo Coaf sobre os padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação*. Brasília, DF: Ministério da Economia, 2018.

CONAD 2021. *Análise Executiva da Questão de Drogas no Brasil*. Brasília, DF: MJSP, 2021.

CONAD 2022. Plano Nacional de Políticas sobre Drogas. Brasília, DF: MJSP, 2023.

COPOLAD. Qué es Copolad. Disponível em: <https://copolad.eu/es/que-es-copolad/>. Acesso em: 1 jun. 2023a.

COPOLAD. *Taller de intercambio de información de los sistemas de gestión y disposición de precursores*. Disponível em: <https://copolad.eu/es/taller-intercambio-de-informacion-de-los-sistemas-de-gestion-y-disposicion-de-precursores/> Acesso em: 1 jun. 2023b.

COPLANAR. [Capacitação de Gestores para a Elaboração de Planos Estaduais e Municipais sobre Drogas]. *Políticas Públicas de Redução da Oferta de Drogas*. Curso CoPlanar. Brasília, DF: MJSP, 2022, v. 2.

EMCDDA. *Cooperation Programme between Latin America, the Caribbean and the European Union on drug policies*. Disponível em: https://www.emcdda.europa.eu/activities/copolad_en. Acesso em: 1 jun. 2023.

OEA. *Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas - Projeto Bidal Bens Confiscados na América Latina* 2013.

PARLAMENTO EUROPEU. *Congelamento e confisco de bens com origem criminosa mais fácil em toda a UE*. Atualidade Parlamento Europeu. UE: Parlamento Europeu, 03.10.2018.

SANCTIS, Fausto Martin de. *Technology-Enhanced Methods of Money Laundering: Internet as Criminal Means*. Switzerland: Springer, 2019.

SENAD. *Conheça a SENAD*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021.

SENAD. *Conheça a Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e Gestão de Ativos – SENAD*. Brasília, DF: Presidência da República, 2023.

SOUZA, Cláudio Macedo de; CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. A perda alargada em face da principiologia penal brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 118, p. 233-271, 2016.

TRANSPOR. [Treinamento sobre Novas Substâncias Psicoativas]. *Introdução: Elementos contextuais e conceituais das novas substâncias psicoativas*. Curso TraNSPor. Brasília, DF: MJSP, 2023, v. 1.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. *Estratégia do UNODC 2021-2025*. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime, 2021.

UNODC. *Projeto para gestão de bens apreendidos de origem ilícita é lançado no Brasil*. Escritório de Ligação e Parceria no Brasil. Brasília, DF: 2014.

UNODC. Em evento da ONU, Brasil destaca projeto do CdE ao mostrar como utiliza ativos do tráfico no financiamento de políticas públicas. *Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime*, 22. 04. 2021.

Recebido em: 06/09/2023
Aprovado em: 16/11/2023

A CONVENÇÃO Nº 169 DA OIT E O DIREITO À CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA: RELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

ILO CONVENTION N° 169 AND THE RIGHT TO PRIOR, FREE AND INFORMED CONSULTATION: RELATIONSHIP WITH THE PRINCIPLE OF THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON

*João Victor Martins Domingos¹
Sérgio Alexandre de Moraes Braga Junior²
Brenda Camilli Alves Fernandes³*

- 1 Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Pós-graduado (Lato Sensu) em Gestão Ambiental pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte (IFRN). Bacharel em Direito pela UFRN. Técnico em Controle Ambiental pelo IFRN.
- 2 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professor titular da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN) e Professor Associado I da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).
- 3 Doutora em Ciências da Comunicação - Universidade do Minho (Braga - Portugal). Especialista em Ministério Público, Direito e Cidadania pela FESMP/RN e em Direito do Consumidor e Relações de Consumo pela UnP. Professora de Direito do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte (IFRN).

SUMÁRIO: Introdução. 1. O princípio da dignidade da pessoa humana e seu conteúdo. 2. A Convenção nº 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada: breves considerações. 3. Metodologia. 4. O direito à consulta prévia, livre e informada e o princípio da dignidade da pessoa humana: relações possíveis. Conclusão. Referências.

RESUMO: Os indígenas são povos com uma riqueza cultural e histórica muito grande para a humanidade, especialmente, no Brasil. No entanto, esses sofrem com diversas ameaças que buscam torná-los invisíveis. O objetivo do presente trabalho é analisar o direito à consulta prévia, livre e informada, previsto na Convenção nº 169 da OIT, diante do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana no direito brasileiro. Quanto à metodologia, realizou-se uma pesquisa na modalidade qualitativa e exploratória, partindo de uma abordagem dedutiva. Acerca dos procedimentos técnicos, foram utilizadas a pesquisa bibliográfica e documental. O direito à consulta prévia, livre e informada está relacionado com o princípio da dignidade da pessoa humana, afinal, atua garantindo a autonomia e autodeterminação dos povos indígenas, isto é, permite que esses interessados possam decidir os seus destinos e contribuir com a tomada de decisão; o reconhecimento, pois proporciona um diálogo intercultural com as populações tradicionais; a dimensão ecológica do mínimo existencial, permitindo uma prevenção de danos e impactos negativos aos indígenas diante de atividades econômicas. A ADPF nº 709, na sua fundamentação, ressalta justamente os elementos da autonomia e do reconhecimento ao abordar o citado direito. Estudar tais elementos é essencial para o aperfeiçoamento de instrumentos que objetivem a garantia dos direitos dos indígenas, sendo sugerido realizar outras pesquisas futuras sobre a aplicação do direito à consulta prévia, livre e informada por parte de cortes brasileiras e internacionais.

PALAVRAS-CHAVE: Indígenas. Convenção nº 169. Consulta. Dignidade da Pessoa Humana. ADPF nº 709.

ABSTRACT: Indigenous peoples are people with a very great cultural and historical richness for humanity, especially in Brazil. However, these suffer from various threats that seek to make them invisible. The objective of this work is to analyze the right to prior, free and informed consultation, provided for in Convention n. 169 of the ILO, in view of the content of the principle of human dignity in Brazilian law. As for the methodology, a research was carried out in the qualitative and exploratory modality, starting

from a deductive approach. About the technical procedures, bibliographical and documental research were used. The right to prior, free and informed consultation is related to the principle of human dignity, after all, it acts by guaranteeing the autonomy and self-determination of indigenous peoples, that is, it allows those interested parties to decide their fate and contribute to taking decisions; recognition, as it provides an intercultural dialogue with traditional populations; the ecological dimension of the existential minimum, allowing for the prevention of damage and negative impacts on indigenous peoples in the face of economic activities. ADPF n° 709, in its reasoning, emphasizes precisely the elements of autonomy and recognition when addressing the aforementioned right. Studying such elements is essential for the improvement of instruments that aim to guarantee the rights of indigenous peoples, and it is suggested that further research be carried out on the application of the right to prior, free and informed consultation by Brazilian and international courts.

KEYWORDS: Indigenous. Convention n. 169 of the ILO. Consultation. Principle of Human Dignity. ADPF n. 709.

INTRODUÇÃO

Os indígenas são povos com uma riqueza cultural e histórica muito grande para a humanidade. No caso do Brasil, não seria diferente, afinal, nossa formação enquanto sociedade possui também origem e influência indígena, até mesmo na cultura. Mesmo diante de tentativas de eliminar as identidades étnicas, da pouca importância dada às suas atuações e das diversas narrativas que fortalecem os preconceitos, essas pessoas são protagonistas e sujeitos históricos (ALMEIDA, 2017).

Esses povos possuem uma íntima relação com o meio ambiente natural e seus respectivos bens, promovendo uma ideia de ecocentrismo na prática e de preservação da natureza. No entanto, nos últimos anos, várias são as ameaças que eles sofrem: massacres; desmatamento; conflitos socioambientais com atividades ilegais que causam impactos negativos para as comunidades, por exemplo, no que diz respeito à saúde; apagamento de suas culturas, entre outras (SANTOS, 2020). Sendo assim, o Estado deve atuar para coibir tais ameaças e fomentar uma cultura de diálogo, garantia de direitos e de reconhecimento.

No plano normativo, com a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988 estabeleceu-se um novo paradigma para os indígenas por meio dos artigos 231 e 232 (BRASIL, [2022]), os quais reconhecem um país multicultural, promovendo a cultura indígena e não a sua negação.

O Estado brasileiro, então, passa a ser impelido a agir de forma mais ativa visando à proteção das populações indígenas. Tanto é assim que, nos últimos trinta anos, o Poder Judiciário vem atuando por meio de algumas decisões dos tribunais reconhecendo direitos desses povos, bem como sua dignidade humana e fortalecendo suas culturas e identidades dentro do território do Brasil.

Mais recentemente, por exemplo, dentro do contexto da pandemia da Covid-19, um dos grupos mais vulneráveis foi justamente o dos indígenas, tendo o Supremo Tribunal Federal (STF) proferido uma decisão cautelar de grande relevância para a salvaguarda e existência desses grupos nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 709, cujo relator foi o ministro Luís Roberto Barroso.

Contemporaneamente, ainda há desafios a serem enfrentados, como a busca pela efetivação da participação de povos indígenas nos processos de tomada de decisões do Estado que os afetam diretamente, sendo uma preocupação até mesmo na esfera internacional, afinal, é a partir disso que surge a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais. Dentre os diversos direitos expressos pelo instrumento internacional está o de consulta prévia, livre e informada por parte desses povos.

Diante do cenário exposto, surge a seguinte pergunta: como se dá a relação entre o direito à consulta prévia, livre e informada, previsto na Convenção nº 169 da OIT, com o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana no direito brasileiro?

O objetivo do presente trabalho é analisar o direito à consulta prévia, livre e informada, previsto na Convenção nº 169 da OIT, diante do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana no direito brasileiro. Especificamente, será feita uma discussão a respeito do referido direito, buscando compreender cada um dos seus elementos. A seguir, estudar-se-á o princípio da dignidade da pessoa humana, explicando o seu conteúdo. Ao final, verificar-se-á a relação entre o direito supramencionado com os elementos que compõem o princípio da dignidade da pessoa humana e que são expressos pela doutrina.

Justifica-se o trabalho diante da relevância social da temática, afinal, as comunidades indígenas têm seus direitos violados em diversos contextos que caracterizam sua total invisibilidade diante do Poder Público e da construção de políticas públicas que tenham como foco a sua proteção. Logo, pesquisar os instrumentos que possam fortalecê-las em sua dignidade é papel do Direito, sendo cada vez mais necessário e atual para a construção de uma sociedade sustentável.

A problemática, inclusive, está em consonância com os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), especialmente dois: o ODS 16, que tem

como escopo promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os âmbitos; o ODS 10, cujo eixo central é reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles (IPEA, 2018).

Para cumprir com esses objetivos, quanto à metodologia, a pesquisa será na modalidade qualitativa e exploratória, tendo como objetivo aprimorar as ideias da academia quanto ao tema e possibilitar a constituição de novas hipóteses. Parte-se ainda de uma abordagem dedutiva, na qual se terá o conceito de dignidade da pessoa humana e do direito à consulta prévia, livre e informada para, em seguida, buscar relacioná-los.

No que se refere aos procedimentos técnicos, o principal deles é a pesquisa bibliográfica, que, conforme Gil (2002), é realizada com base em material já elaborado, composto principalmente de livros e artigos científicos. No caso dos artigos em periódicos serão utilizados aqueles identificados na plataforma *Google Scholar*.

Neste trabalho, a pesquisa bibliográfica subsidiará na compreensão do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo como autores de referência as obras de Sarmento (2016), Sarlet (2011) e, na perspectiva socioambiental, de Sarlet e Fensterseifer (2017a), no direito à consulta prévia, livre e informada previsto na Convenção nº 169 da OIT, bem como na relação entre as duas questões.

Além disso, será feita uma pesquisa documental, analisando-se o conteúdo da decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal que referendou a medida cautelar na ADPF nº 709, julgada em 2020 pelo Supremo Tribunal Federal, tendo como relator o Ministro Luís Roberto Barroso. A partir dela, serão discutidos os elementos trazidos que se relacionam com o princípio da dignidade da pessoa humana.

1. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SEU CONTEÚDO

Hodiernamente, um dos grandes princípios do ordenamento jurídico brasileiro é o da dignidade da pessoa humana. A Constituição de 1988, reconhecendo a sua existência e a sua relevância, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a estabelece como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito (SILVA, 1998).

A centralidade da pessoa humana, tratada não como meio, mas como fim da ordem jurídica e do Estado, revela-se na organização da Carta Magna. Ela indica a absoluta prioridade dos direitos fundamentais em nosso sistema jurídico, tendo destaque, por exemplo, para a igualdade não só formal como também material (SARMENTO, 2016).

A dignidade da pessoa humana é princípio tido como superprincípio constitucional, aquele no qual se fundam todas as escolhas políticas no modelo de Direito exposto na formulação textual da Constituição (ROCHA, 2001).

Segundo Silva (1998), essa norma compreende dois conceitos fundamentais que, em si e isoladamente, possuem valores jurídicos: a pessoa humana e a dignidade. O autor lembra que a filosofia kantiana afirma que o homem, enquanto ser racional, existe como um fim em si mesmo, e não como meio. A dignidade é um atributo da essência da pessoa humana, tendo um valor interno superior a qualquer preço. Essa dignidade humana é um valor que atrai a concretização dos direitos fundamentais do homem, em todas as suas dimensões.

Assim, a Constituição, interpretada à luz do seu sistema e da moralidade crítica, reafirma a ideia de que o Direito e o Estado existem para a pessoa, e não o contrário. A pessoa, nesse sentido, possui um valor intrínseco, e não pode ser instrumentalizada. Ela é tida como um ser racional, mas não somente racional: também sentimental, corporal e social (SARMENTO, 2016).

Ainda conforme Sarmento (2016), o princípio da dignidade da pessoa humana possui uma inequívoca eficácia horizontal, vinculando também os particulares ao seu respeito. O Estado tem o dever de proteger a dignidade humana das pessoas diante de ameaças oriundas de atores privados. Logo, esse princípio se presta ao papel de parâmetro para controle de atos estatais, sejam normativos, administrativos ou jurisdicionais, bem como de atos particulares.

Mesmo considerando ser um papel difícil definir o que seria a dignidade da pessoa humana, afinal, para ele, é um conceito em constante processo de construção e desenvolvimento, assim Sarlet (2011, p. 28) define a dignidade da pessoa humana:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET, 2011, p. 28)

Em seguida, Sarlet (2011) expõe que sua proposta conceitual deve ser sempre testada à luz da relação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, uma vez que é nessa relação (dinâmica e recíproca) que o conteúdo tanto da dignidade quanto dos direitos fundamentais poderá

ser concretizado e operado, tendo capacidade de produzir as necessárias consequências na esfera jurídica.

Ademais, Barroso (2014), um grande estudioso desse princípio, apresenta uma concepção minimalista da dignidade humana, identificada a partir de três elementos: a) o valor intrínseco de todos os seres humanos; b) a autonomia de cada indivíduo; c) limitada por certas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (um valor comunitário).

Quanto ao primeiro elemento, dele decorre um postulado antiutilitarista e outro antiautoritário. Este decorre da ideia de que o Estado existe para o indivíduo e não o contrário. Já aquele se apresenta no imperativo categórico de Kant, em que o homem é visto como um fim em si mesmo, e não como um meio para a realização de objetivos coletivos ou de projetos sociais de outros indivíduos. Esse valor intrínseco da pessoa humana está no fundamento de diversos direitos fundamentais, tais como à vida, à integridade física e moral e à igualdade (formal e como reconhecimento), como explana Barroso (2010).

O segundo elemento envolve a capacidade de autodeterminação, o direito do indivíduo de decidir os caminhos da própria vida e de desenvolver, livremente, sua personalidade. Assim, é permitir fazer valorações e escolhas existenciais sem imposições externas inadequadas (BARROSO, 2010).

Por fim, o terceiro elemento - a dignidade como valor comunitário - abrange o seu elemento social. Portanto, o indivíduo em relação ao grupo. Ela corresponde a uma concepção relacionada a valores compartilhados pela comunidade, conforme seus padrões civilizatórios ou seus ideais de vida qualificada como boa (BARROSO, 2010).

Para o decorrer do trabalho, juntamente com a definição de Sarlet (2011), serão considerados para análise os seguintes conteúdos do princípio da dignidade da pessoa humana presentes na obra de Sarmento (2016): o valor intrínseco da pessoa, que veda transformar o ser humano como um meio ou instrumento para atingir interesses de terceiros ou objetivos coletivos; a igualdade, que acarreta na rejeição das hierarquias sociais e culturais; a autonomia, tanto na sua dimensão privada, relacionada à autodeterminação individual, como na pública, relacionada à democracia; o reconhecimento, que se liga com o respeito à identidade individual e coletiva das pessoas nas instituições, práticas sociais e relações intersubjetivas; e o mínimo existencial, que abrange a garantia das condições materiais essenciais para a vida digna.

Quanto ao último, salienta-se a visão moderna da dimensão ecológica dentro do mínimo existencial tão bem explicada por Sarlet e Fensterseifer (2017a). Para os autores, contempla-se a qualidade de vida como um todo, incluindo o ambiente em que a vida humana se desenvolve. Seu objetivo é assegurar um padrão de qualidade, equilíbrio e segurança ambiental. Um bem-estar ambiental é fundamental para uma vida digna, saudável e segura.

Dessa forma, para os autores, há um patamar mínimo de qualidade ambiental para concretização da vida humana em um caráter. Quando esse padrão não é alcançado, a vida (na sua esfera mais ampla) e a dignidade humana estariam sendo violadas (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017a).

2. A CONVENÇÃO Nº 169 DA OIT E O DIREITO À CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA: BREVES CONSIDERAÇÕES

A Convenção nº 169 da OIT foi aprovada em 1989 e tem como destinatários os povos indígenas e tribais. Mesmo utilizando termos coloniais e de definições aparentemente fixas, logo em seguida, esse instrumento internacional inova ao estabelecer, no seu artigo 1º, item 2, que a consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser levada em consideração como critério essencial para determinar os grupos aos quais se aplicam as suas disposições (DUPRAT, 2015).

Essa Convenção, para Pontes Júnior e Oliveira (2015), representou uma quebra no paradigma presente na Convenção nº 107, de 1957, também da OIT, cuja base teórica era o integracionismo, tese que defende a progressiva integração dos povos indígenas à sociedade nacional. Ao invés do integracionismo, a Convenção nº 169 propõe o respeito à diversidade étnica. Segundo esses autores, criou-se um promissor instrumento de diálogo intercultural, estabelecido como direito: a consulta prévia, livre e informada.

Garzón, Yamada e Oliveira (2016) afirmam que esse direito consolidou-se internacionalmente como uma relevante conquista dos povos indígenas e tribais, porque determina um novo tipo de relação, mais respeitosa e próxima, entre os Estados e os referidos povos. Porém, ainda são vários os desafios para a efetiva implementação desse direito, tanto por parte dos Estados como para os povos e comunidades atingidos por decisões estatais.

O direito à consulta prévia, livre e informada recebeu proteção jurídica nacional com a ratificação da Convenção nº 169 da OIT em 2002, entrando em vigor em 25 de julho de 2003. Em conjunto com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) e a Declaração da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre os Direitos dos Povos Indígenas, localizou-se esse direito no rol dos direitos fundamentais para povos indígenas e tribais (GARZÓN; YAMADA; OLIVEIRA, 2016).

Tendo sido promulgada no Brasil, inicialmente, por meio do Decreto nº 5.051/2004, hoje, a matéria é tratada pelo Decreto nº 10.088/2019, que consolidou atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil (BRASIL, 2019).

Quanto ao conteúdo do direito à consulta prévia, livre e informada, Duprat (2014) explica que ele está previsto a partir das disposições do artigo 6º e 15, principalmente, da Convenção nº 169. O referido documento prevê que os sujeitos alcançados pela Convenção nº 169 deverão ser consultados sempre que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas capazes de afetá-los diretamente (PONTES JÚNIOR; OLIVEIRA, 2015).

Vale salientar que a Convenção em tela tem como sujeitos povos indígenas e tribais, tendo ela própria estabelecido critérios para o reconhecimento desses povos e, assim sendo, para definição de quais povos têm direito subjetivo à consulta prévia (PONTES JÚNIOR; OLIVEIRA, 2015).

Segundo Duprat (2015), essa consulta deve ser prévia (“sempre que sejam previstas”), bem informada (conduzida “de boa-fé”), culturalmente situada (“adequada às circunstâncias”), buscando chegar a um acordo ou consentimento a respeito da medida proposta.

Assim, antes de começado o processo decisório, as partes se colocam em um diálogo que possibilite chegar à melhor decisão. Dessa forma, a consulta traz em si a alternativa de revisão do projeto inicial ou mesmo de sua não realização (DUPRAT, 2015).

Nogueira Júnior e Vieira (2021), além de reafirmarem essa ideia de que o direito subjetivo à consulta aparece sempre que previstas medidas legislativas ou administrativas capazes de afetar os sujeitos da Convenção diretamente, acrescentam que o critério de “afetar” não se resume à interferência negativa, uma vez que atividades benéficas à comunidade também devem ser consultadas, em princípio.

Por fim, ao abordar essa temática também se deve tecer algumas considerações a respeito das semelhanças e diferenças entre audiência pública, oitiva constitucional e consulta prévia. Conforme Pontes Júnior e Oliveira (2015), vários são os critérios que podem facilitar na identificação de diferenças (os sujeitos, os critérios de incidência, metodologia, a legislação, entre outros), destacando-se o fundamento jurídico: na audiência pública, o fundamento principal é o direito à informação e à participação; na oitiva constitucional, o direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e ao território; na consulta prévia, o direito à autodeterminação.

3. METODOLOGIA

Detalhando a metodologia utilizada no decorrer do trabalho - que foi inicialmente explicitada na seção 1 (introdução) -, no que se refere aos procedimentos técnicos utilizados, destaca-se a pesquisa bibliográfica. Essa foi realizada na plataforma do *Google Scholar*, entre os meses de outubro e dezembro de 2022. Nesse mesmo período, foi feita uma seleção dos mais relevantes ou citados no que diz respeito à temática. Para coletar os artigos,

foram utilizados os seguintes mecanismos de busca: “Convenção 169 da OIT” AND “Consulta”. Posteriormente, realizou-se uma nova pesquisa com as expressões “Convenção 169 da OIT” AND “dignidade da pessoa humana”.

Igualmente, ainda na esfera da pesquisa bibliográfica, essa abrangeu livros virtuais na plataforma *Google Scholar* acerca da temática e livros físicos, principalmente no âmbito do Direito Ambiental e da área Constitucional. Estes últimos para compreender o princípio da dignidade da pessoa humana e o seu conteúdo, bem como a vertente que associa o referido princípio ao Direito Ambiental.

Por isso, selecionamos as doutrinas de Sarmento (2016) e Sarlet (2011), cujas obras abordam especificamente o princípio da dignidade da pessoa humana, assim como Sarlet e Fensterseifer (2017a), autores também consagrados na seara do Direito Ambiental, que apresentam uma visão mais moderna a respeito dos princípios.

Quanto ao procedimento da pesquisa documental, essa se deu a partir de uma pesquisa jurisprudencial realizada no portal do Supremo Tribunal Federal: em que foram demarcadas as seguintes palavras-chave: OIT 169; consulta; dignidade. Entre as três palavras, foi colocado o operador “e”, pois observou-se que algumas decisões não tinham a abreviação. Quanto ao termo “consulta”, foi necessário em razão de alguns julgados utilizarem, no seu desenvolvimento, outros direitos e dispositivos da mesma normativa que não aquele que é objeto do presente trabalho.

Em seguida, foi delimitado um lapso temporal para a pesquisa, qual seja, data de julgamento entre 01/01/2019 e 31/12/2022. Esse período foi escolhido pelo fato de, a partir de 2019, autores como Santos et al. (2021) terem identificado um crescente enfraquecimento institucional e o desmonte das políticas indigenistas, bem como um aumento da violência.

A partir disso, foram filtradas sete (7) decisões monocráticas:

Quadro 1 - Decisões do STF analisadas.

Classe e número	Relator(a)	Ano
RE nº 1.312.132	Cármén Lúcia	2021
ARE nº 1.277.937	Cármén Lúcia	2020
ADPF nº 790	Marcos Aurélio	2021
RHC nº 199.360	Cármén Lúcia	2021
ADPF nº 991 MC	Edson Fachin	2022
ADPF nº 709 MC	Roberto Barroso	2020
ARE nº 1.384.848	Dias Toffoli	2022

Fonte: O autor (2023).

Incluída nessa lista, a ADPF nº 709 foi escolhida para análise por dois motivos: a) ser uma decisão paradigmática proferida no contexto da pandemia do coronavírus, o qual o Tribunal se debruçou diante do contexto de fragilização das comunidades indígenas frente à ineficiência do Poder Público em garantir o direito à saúde; b) na fundamentação da Ação, o principal argumento baseou-se na Convenção nº 169 da OIT, sobretudo no direito à consulta prévia, livre e informada.

4. O DIREITO À CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: RELAÇÕES POSSÍVEIS

A Convenção nº 169 da OIT possui um papel fundamental no reconhecimento do direito à consulta prévia, livre e informada dos povos indígenas. A partir disso, é necessário fazer uma análise de sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, tão importante para o ordenamento jurídico brasileiro.

Grabner (2015) defende que os direitos de consulta e consentimento livres, prévios e informados, dispostos na Convenção citada, são direitos fundamentais dos povos indígenas e tribais, tendo como elemento base do princípio da dignidade humana sua referência à autonomia e à autodeterminação desses povos. Por isso, a autora não concorda com aqueles que dão caráter apenas procedimental ou de proteção de outros direitos. São, na verdade, autênticos direitos subjetivos, sendo possível exigir dos poderes públicos a sua efetivação.

Ademais, permitir a expressão e participação desses povos na esfera política confere-lhes dignidade, proporcionando uma visibilidade diante dos demais membros da sociedade (GRABNER, 2015). Por meio dessa consulta, busca-se respeitar uma cultura tão própria, tratando essas populações vulneráveis com igual dignidade.

Com tais considerações, o conteúdo da autonomia, em especial no que diz respeito à autodeterminação, é fundamental para analisar essa Convenção. Essa autodeterminação corresponde ao máximo controle sobre seus destinos. Logo, requer que os sujeitos consultados possam influenciar ou decidir na tomada de decisão, não tendo um caráter apenas informativo, como é muito comum nas audiências (PONTES JÚNIOR; OLIVEIRA, 2015). Quando se é apenas informado, o papel é mais passivo. Enquanto isso, na consulta, deve-se ter uma atuação mais ativa.

Nesse contexto, Baniwa (2015) aduz que a autonomia almejada pelos povos indígenas restringe-se, em uma maior parte, à autonomia étnico-comunitária e etnoterritorial, cujo objetivo é garantir que as comunidades vivam livremente, a partir dos seus costumes e tradições. A autonomia

significa, além disso, avançar no controle interno e externo sobre temáticas de seu interesse.

Essa autodeterminação também é representada pelo autogoverno dos povos indígenas. Para que a autodeterminação seja efetiva, há uma série de princípios e mecanismos como, por exemplo, o autogoverno, a participação, e, dentro desta, a Consulta Prévia, que permitem a efetivação de uma gama de direitos dos povos indígenas, necessários para seu desenvolvimento (CASTRO, 2016).

Quanto aos efeitos da consulta, se é uma mera formalidade ou se permite a possibilidade de veto do projeto, ressalta-se a posição de Duprat (2015). Para a autora, a consulta deve ser vinculante, isto é, possíveis objeções do grupo devem ser levadas a sério e suplantadas somente com razões melhores. Caso isso não ocorra, as objeções têm que ser incorporadas ao processo decisório, com modificações, totais ou parciais, do projeto.

Se a autodeterminação contribui no maior controle dos indígenas sobre seus territórios e recursos naturais, necessita de um processo decisório que deverá influenciar na adoção da medida por parte da Administração Pública, não devendo ser simplesmente descartada (GARZÓN; YAMADA; OLIVEIRA, 2016).

Outrossim, outro conteúdo que merece considerações diz respeito ao reconhecimento. Consultar comunidades tradicionais é demonstrar que as instituições devem tratar com respeito a identidade de todas as pessoas, sobretudo os grupos vulneráveis ou invisibilizados.

Com a sua efetivação, concretiza-se um diálogo intercultural com as populações tradicionais, em que os modos de vida e tradição são essenciais para a identidade. Isso ocorre, dentre outros motivos, pelo fato dos laços comunitários e valores compartilhados possuírem uma relevância maior, como explica Sarmiento (2016).

A Convenção aqui estudada deve ser entendida a partir de seu contexto de reconhecimento formal da necessidade dos Estados superarem ideias assimilacionistas e de colonização de povos culturalmente diferenciados. O direito à consulta requer das autoridades uma capacidade para dialogar, ouvir, considerar a presença, os planos de vida e os direitos de populações culturalmente diferenciadas (GARZÓN; YAMADA; OLIVEIRA, 2016).

Por isso, nas palavras de Garzón, Yamada e Oliveira (2016), a consulta prevista pode proporcionar um espaço de diálogo intercultural, reconhecendo e valorizando os povos tradicionais e seus modos de vida,

Desconsiderar tais questões ao se definir uma política pública ou outra medida específica é aumentar ainda mais o fosso de injustiças históricas com os indígenas. Dessa forma, o direito à consulta prévia, livre e informada busca reconhecê-los e protegê-los diante das ameaças que porventura surjam; é assegurar a existência e reprodução de sua cultura.

Prosseguindo agora para um aspecto mais jurisprudencial, no caso da ADPF 709, impetrada pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), juntamente com outros seis partidos políticos, trata-se dos impactos da pandemia sobre grupos populacionais vulneráveis e seus respectivos direitos fundamentais, especificamente, as populações indígenas.

Os legitimados indicaram diversos atos omissivos e comissivos violadores dos respectivos direitos, dentre os quais a não elaboração de um plano detalhado e concreto contendo estratégias objetivando a proteção das comunidades indígenas e um cronograma de implementação, com a participação das comunidades indígenas (BRASIL, 2020).

Em razão disso, uma decisão, em sede de cautelar, do Ministro Luís Roberto Barroso, confirmada pelo plenário posteriormente, determinou diversas ações que deveriam ser adotadas pela União: no âmbito da pandemia da Covid-19, por exemplo, a elaboração e monitoramento de um Plano de Enfrentamento da Covid-19 para os Povos Indígenas Brasileiros pela União com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos e dos representantes das comunidades indígenas (BRASIL, 2020).

Na fundamentação jurídica do acórdão, a Convenção nº 169 da OIT foi citada diversas vezes, especialmente para corroborar com a tese de que os povos indígenas têm o direito de participar da formulação e execução das ações de saúde que lhes são destinadas. Conforme o Supremo Tribunal Federal (2020), essa Convenção assegura o direito dos povos indígenas à autodeterminação e à identidade cultural (artigos 2º, 1; 4º, 1 e 2; 5º, 6º e 7º).

No artigo 4º, inclusive, a normativa esclarece que as medidas necessárias para a proteção das pessoas, instituições, culturas e do meio ambiente não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos em questão (BRASIL, 2019).

Já no artigo 7º, ainda mais diretamente, a Convenção afirma que os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas próprias prioridades e de controlar o seu próprio desenvolvimento (na medida do possível), bem como de participar na construção de políticas públicas que os afetem (BRASIL, 2019), ou seja, em ambos dispositivos reafirma-se o papel da autodeterminação das comunidades interessadas e do papel do Poder Público em garanti-las da melhor forma.

No decorrer dos votos proferidos na ADPF nº 709, é de se ressaltar ainda uma consideração feita pelo Ministro Luiz Fux na perspectiva do direito comparado. Ele recorda que a Corte Constitucional da Colômbia já decidiu que a mera participação dos indígenas no processo de consulta prévia para formulação de políticas que impactam seu território é insuficiente, sendo necessário que a comunidade seja informada do projeto e dos seus efeitos, além de ter a liberdade de convocar os seus membros para analisar

as vantagens e desvantagens, para que possa ser ouvida efetivamente quanto às suas preocupações (BRASIL, 2020).

Para compreender um pouco essa jurisprudência colombiana, Rodríguez (2010) salienta que se busca, por meio dela, uma participação efetiva e ativa na tomada de decisão que deve adotar a autoridade, devendo ser, na medida do possível, acordada e concertada.

Quando isso não ocorre, o cumprimento da consulta prévia passa a ser apenas formal, não tendo um reflexo material no contexto e na realidade que se coloca para os indígenas, pois participação sem informação não pode ser considerada, de fato, enquanto tal, conforme se depreende dos princípios ambientais com valores democráticos e comunitários.

Dessa forma, analisando-se a ADPF supracitada, observa-se que alguns dos conteúdos do princípio da dignidade humana trazidos por Sarmiento (2016) se destacam, principalmente a autonomia e o reconhecimento. Quanto a esta, o direito à consulta prévia, livre e informada considera justamente o respeito à identidade individual e coletiva dos indígenas diante do Poder Público.

Da mesma forma, quanto ao meio ambiente, a questão ora analisada também adquire uma relevância, afinal, a dimensão socioambiental abrange o princípio da dignidade da pessoa humana, como visto anteriormente.

A consulta livre, prévia e informada é necessária para qualquer medida legislativa ou administrativa que possa ocasionar impactos sobre os povos indígenas e comunidades tradicionais. Dentro desse contexto, insere-se o licenciamento ambiental.

Segundo a Lei Complementar nº 140/2011, o licenciamento ambiental seria o “*o procedimento administrativo* destinado a licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental” (BRASIL, 2011, grifo nosso).

Assim, é um fundamental instrumento de gestão ambiental, que contribui com o desenvolvimento sustentável, pois visa à compatibilização de três pilares: o ambiental, econômico e o social. Esse instrumento pode ser associado ao referido princípio, pois o seu conteúdo também almeja assegurar um padrão de qualidade e segurança ambiental mais amplo (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017a).

Quando uma atividade é licenciada sem a consulta e a participação das comunidades indígenas, corre-se o risco de gerar impactos socioambientais negativos não previstos para os indivíduos diretamente afetados, que não terão o controle sobre os seus destinos. Como destacam Pontes Júnior e Oliveira (2015), deve ser possibilitado aos consultados o poder de decidir ou influenciar na tomada de decisão, o que não seria o caso.

A própria vida estará sendo atingida, pois os impactos ambientais interferem na garantia de um ambiente saudável e equilibrado para as

comunidades indígenas e para os demais membros da sociedade. Sarlet e Fensterseifer (2021) explicam justamente que a sadia qualidade de vida (disposta no artigo 225 da Constituição de 1988) depende de padrões ecológicos para que, dessa forma, influencie no pleno desenvolvimento da personalidade humana. Quando a vida está situada em um quadro ambiental degradado, continuam os autores, esse livre desenvolvimento é comprometido.

Esse procedimento só será considerado uma consulta prévia se permitir que os povos indígenas possuam controle a respeito dos seus destinos. Não é qualquer reunião que cumprirá com as exigências normativas. Em 2012, por exemplo, a OIT concluiu que os encontros conduzidos com os indígenas durante o licenciamento da Usina Hidrelétrica de Belo Monte não estavam em consonância com os requisitos previstos na Convenção nº 169, uma vez que não permitiu que os povos indígenas definissem suas prioridades (OIT, 2012).

Ademais, a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) já tratou da questão ao afirmar que essa consulta deve ocorrer desde as primeiras fases do planejamento de um projeto, e não apenas quando houver a necessidade da aprovação da medida (CIDH, 2012).

Um grande desafio, nesse contexto, é proporcionar um diálogo efetivo com os indígenas. Conforme sustentam Nogueira Júnior e Vieira (2021), verificar se o procedimento de licenciamento e os seus impactos foram compreendidos é uma grande dificuldade. Dessa forma, a própria linguagem pode ser um obstáculo.

Quando as diversidades linguísticas não são consideradas, a consulta pode se tornar um espaço no qual a comunidade possui pouco poder de negociação e de decisão, bem como um déficit de informação a respeito dos riscos, inclusive ambientais (NOGUEIRA JÚNIOR; VIEIRA, 2021).

No que diz respeito à informação, afirma-se que a consulta realizada com os indígenas deve ser informada, isto é, eles devem saber os fatores envolvidos, tanto positivos como negativos (VERAS; CALHEIROS; CANTANHEDE, 2020). A informação é um fator primordial para a participação, que é influenciada pela qualidade e quantidade dessa, segundo Machado (2018).

Ter uma informação adequada contribui para que esses grupos possam se expressar da melhor forma diante de projetos de licenciamento que influenciam seus direitos, conseguindo analisar a questão e participar do processo de decisão. Assim, o acesso à informação pode se tornar um instrumento para proteção de grupos vulneráveis, como prevêem Sarlet e Fensterseifer (2017b).

Outrossim, ao permitir a participação dos indígenas nesse âmbito da consulta, a Convenção nº 169 da OIT permite sua influência no processo de tomada de decisão ambiental, um dos elementos dos direitos ambientais

procedimentais defendidos por Sarlet e Fensterseifer (2017b), quais sejam: o acesso à informação, acesso à justiça e participação no processo de tomada de decisão em matéria ambiental. Todos esses demonstram a importância da democracia no nosso sistema de proteção ambiental.

Essa democracia participativa pode auxiliar na concretização de um princípio tão caro para o meio ambiental, qual seja, o da prevenção. Tal princípio tem como objetivo, explicita Milaré (2015), impedir a ocorrência de danos ao meio ambiente quando o perigo é certo e se tem elementos para afirmar que uma específica atividade é efetivamente perigosa.

Ao consultar as comunidades indígenas, é possível, por exemplo, impor algumas medidas acautelatórias antes da implantação do empreendimento ou da operação da atividade potencialmente poluidoras, que, se não minimizada, poderá causar a deterioração do meio ambiente com impactos negativos sobre a qualidade de vida das comunidades, chegando ao nível de comprometer o seu direito à vida digna, como preceitua Sarmento (2016).

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que o direito à consulta prévia, livre e informada por parte das populações indígenas, previsto na Convenção nº 169 da OIT, possui uma íntima relação com os conteúdos do princípio da dignidade da pessoa humana, principalmente quanto à autonomia (na autodeterminação dos povos indígenas), reconhecimento e na dimensão ecológica do mínimo existencial.

No tocante à autodeterminação, os indígenas devem ter o controle sobre seus destinos, vivendo a partir de sua cultura, tendo liberdade e o poder de influenciar decisões que sejam de seu interesse enquanto população. Para isso, sua manifestação deve ser considerada de forma intensa na formulação de medidas administrativas e legislativas.

Além disso, acerca do conteúdo do reconhecimento, o referido busca concretizar um diálogo intercultural com as populações tradicionais, em que as tradições compõem a sua própria identidade. Logo, tem relação com a própria existência.

No âmbito jurisprudencial, a ADPF 709 é um marco recente na defesa dos povos indígenas. Na fundamentação, o STF trouxe a Convenção nº 169 da OIT, principalmente no que concerne ao respeito à autodeterminação dos povos, garantindo que os povos indígenas sejam consultados para a formulação de políticas públicas referentes à pandemia, e do reconhecimento.

Já na dimensão socioambiental ou ecológica do princípio da dignidade da pessoa humana, a consulta prévia se apresenta como um instrumento que visa à garantia dos direitos ambientais de participação, sobretudo no pilar da participação no processo de tomada de decisão, ressaltando

também o aspecto do acesso à informação. Ademais, pode contribuir assegurando um padrão de qualidade e segurança ambiental de maior abrangência.

É imperioso destacar que essa relação com a principiologia ambiental, principalmente diante do princípio da participação pública, vem ganhando cada vez mais contornos, não só na legislação brasileira como também no âmbito internacional. Nesse sentido, por exemplo, foi criado o Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe, denominado de “Acordo de Escazú”.

Como diversos princípios e direitos estão relacionados entre si e integrados, favorecer e garantir tal vínculo é mais um indicativo rumo ao alcance de atividades que visam a um desenvolvimento sustentável e/ou à sustentabilidade, assim como à prevenção de impactos socioambientais ocasionados a partir da disputa de interesses distintos.

Quando uma atividade é licenciada sem a devida consulta, impactos socioambientais negativos não previstos poderão atingir indígenas, que não terão o controle sobre os seus destinos e terão suas vidas prejudicadas. Nessa perspectiva, a Convenção nº 169 da OIT pode favorecer a prevenção de danos.

É fundamental estudar os elementos conceituais do direito à consulta prévia, livre e informada, relacionando com o princípio da dignidade da pessoa humana para que as práticas sejam aperfeiçoadas visando à garantia dos direitos das comunidades indígenas, a melhor interpretação do instrumento - contribuindo doutrinariamente para fortalecer as diferenças entre consulta prévia, oitiva constitucional e audiência - e a sua aplicação.

Outrossim, por favorecer a dignidade da pessoa humana, princípio base do ordenamento jurídico brasileiro, esse direito previsto na Convenção nº 169 da OIT deve ser garantido e não restringido por qualquer atuação do Poder Público, seja do Executivo, Legislativo ou Judiciário.

Por fim, depois de compreender o que a teoria apresenta sobre o objeto deste trabalho, estudos de caso poderão ser realizados futuramente com o intuito de verificar como os tribunais brasileiros vêm julgando a questão, especialmente no que tange a uma diferença prática entre a consulta prévia, oitiva constitucional e audiência pública, bem como a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Regina Celestino de. A atuação dos indígenas na História do Brasil: revisões historiográficas. *Revista Brasileira de História*, São Paulo, v. 37, n. 75, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbh/a/b7Z47VbMMmvPQwWhbHfdkpr/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BANIWA, Gersem. Autonomia indígena no Brasil: desafios e possibilidades. In: DUPRAT, Deborah. *Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais*. Brasília: ESMPU, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. *Versão provisória para debate público*. Mimeografado, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 6 mar. 2022.

BRASIL. *Lei Complementar n.º 140, de 8 de dezembro de 2011*. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp140.htm. Acesso em: 25 out. 2022.

BRASIL. *Decreto n.º 10.088, de 5 de novembro de 2019*. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo72. Acesso em: 25 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *ADPF 709 MC-Ref*. Direitos fundamentais. Povos Indígenas. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Tutela do direito à vida e à saúde face à pandemia da COVID-19. Cautelares parcialmente deferidas. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, 5 de agosto de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754033962>. Acesso em: 31 out. 2022.

CASTRO, Carla Judith Cetina. *O direito de autodeterminação dos povos indígenas e a instrumentalização da consulta prévia, livre e informada, na Guatemala*

e no Brasil. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, 2016. Disponível em: <http://repositorioinstitucional.uea.edu.br/bitstream/riuea/2028/1/O%20direito%20de%20autodetermina%20a7%20a3o%20dos%20povos%20ind%20adgenas%20e%20a%20instrumentaliza%20a7%20a3o%20da%20consulta%20pr%20a9via%20livre%20e%20informada%20na%20Guatemala%20e%20no%20Brasil.pdf>. Acesso em: 31 out. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). *Petición nº 12.465*. 2012. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/kichwasarayaku.pdf>. Acesso em: 31 out. 2022.

DUPRAT, Deborah. A Convenção n. 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada. *Revista Culturas Jurídicas*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 2014. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45016/25873>. Acesso em: 31 out. 2022.

DUPRAT, Deborah. A Convenção n. 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada. In: DUPRAT, Deborah. *Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais*. Brasília: ESMPU, 2015.

GARZÓN, Biviany Rojas; YAMADA, Erika Magami; OLIVEIRA, Rodrigo. *Direito à consulta e consentimento de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais*. São Paulo: Rede de Cooperação Amazônica – RCA, 2016.

GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

GRABNER, Maria Luiza. O direito humano ao consentimento livre, prévio e informado como baluarte do sistema jurídico de proteção dos conhecimentos tradicionais. In: DUPRAT, Deborah. *Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais*. Brasília: ESMPU, 2015.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). ODS: Metas Nacionais dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. 2018. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/180801_ods_metas_nac_dos_obj_de_desenv_susten_propos_de_adequa.pdf. Acesso em: 10 jan. 2023.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito à informação e meio ambiente*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NOGUEIRA JÚNIOR, Bianor Saraiva; VIEIRA, Tainá Bueno. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n. 40, dez. 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/56356/41012>. Acesso em: 10 nov. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Conferencia Internacional del Trabajo, 101.^a reunión, 2012. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III (Parte 1A)*. Ginebra: OIT, ILC.101/III/1^a, 2012.

PONTES JÚNIOR, Felício; OLIVEIRA, Rodrigo. Audiência pública, oitiva constitucional e consulta prévia: limites e aproximações. In: DUPRAT, Deborah. *Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais*. Brasília: ESMPU, 2015.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, v. 2. n. 2, 2001. Disponível em: <https://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/29/30>. Acesso em: 10 nov. 2022.

RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. *La consulta previa con pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia*. Bogotá: ICCA Consortium, 2010. Disponível em: <https://www.iccaconsortium.org/wp-content/uploads/2015/08/example-communities-of-african-descent-colombia-rodriguez-2010-es.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2022.

SANTOS, Gilberto Vieira dos. Governo Bolsonaro: o retorno da velha política genocida indígena. *Revista da ANPEGE*, v. 16, n. 29, p. 420-451, 2020. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/anpege/article/view/12527>. Acesso em: 18 jan. 2023.

SANTOS, Anderlany Aragão dos et al. Ameaças, fragilização e desmonte de políticas e instituições indigenistas, quilombolas e ambientais no Brasil. *Estudos Sociedade e Agricultura*, Rio de Janeiro, v. 29, n. 3, p. 669-698, out. 2021. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/5999/599968687007/599968687007.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

João Victor Martins Domingos
Sérgio Alexandre de Moraes Braga Junior
Brenda Camilli Alves Fernandes

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017a.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do Direito Ambiental*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017b.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Curso de Direito Ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, José Afonso da Silva. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998.

VERAS, Nathália Santos; CALHEIROS, Iara Loureto; CANTANHEDE, Sylvia Amélia. O direito de consulta dos povos indígenas: incidência dos direitos da informação e participação no licenciamento ambiental em terras indígenas. *Revista da Defensoria Pública da União*, Brasília, n. 14, p. 211-223, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://revistadapu.dpu.def.br/article/view/215/234>. Acesso em: 06 dez. 2022.

Recebido em: 24/07/2023
Aprovado em: 20/09/2023

REPENSANDO A RELAÇÃO ENTRE ESTADO, SOCIEDADE E NATUREZA SOB O VIÉS DA ÉTICA LEVINASIANA

RETHINKING THE RELATIONSHIP BETWEEN STATE, SOCIETY AND NATURE UNDER THE LEVINIAN ETHICS BIAS

Luiz Gustavo Tirol¹

Lara Caxico Martins Miranda²

Fernando de Brito Alves³

- ¹ Doutorando em Educação pela Universidade Estadual de Londrina (PPEdu-UEL). Mestre em Educação pela Universidade Estadual de Londrina (PPEdu-UEL). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Bacharel em Administração de Empresas pelo Centro Universitário Filadélfia (UNIFIL). Licenciando em Pedagogia pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR).
- ² Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Professora de Direito do Trabalho da Faculdade de Tecnologia do Vale do Ivaí FATEC.
- ³ Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE / Bauru-SP. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Graduado em Filosofia pela Universidade do Sagrado Coração e graduado em Direito pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. Especialista em "História e historiografia: sociedade e cultura" pela Faculdade Estadual de Filosofia, Ciências e Letras de Jacareizinho. Realizou estágio de pós-doutorado no *Ius Gentium* Conimbrigae da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Visiting researcher na Universidad de Murcia (2019). Procurador Geral da UENP. Editor da *Argumenta Journal Law*. Assessor Técnico da Secretaria de Estado de Ciência, Tecnologia e Ensino Superior do Estado do Paraná.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Alteridade em Lévinas como sustentáculo para uma ética ambiental. 2. Premissa levinasiana para a consolidação do desenvolvimento sustentável. 3. Economia solidária como mecanismo de efetivação de um desenvolvimento ético sustentável. Conclusão. Referências.

RESUMO: Os ensejos pela aplicação de um efetivo desenvolvimento sustentável abrem espaços para discussões éticas, econômicas, sociais e ambientais. Diante da significativa degeneração ambiental e dos graves problemas de exclusão social, faz-se necessário reconfigurar a relação entre Estado, mercado e natureza. Nesse sentido, tem-se os estudos de Emmanuel Lévinas (d. n. 1906) sobre a ética, em que sustenta o princípio da alteridade como elemento fundante das relações humanas. Assim, questiona-se: de que maneira a ética da alteridade pode contribuir para o reconhecimento do Outro humano e do Outro natureza como premissa para a construção de uma ética ambiental em que o Eu homem reconheça-se como parte do meio ambiente, e não o seu dominador? Isso posto, o objetivo consiste em demonstrar a necessidade de reconfiguração da relação entre Estado, sociedade e natureza a partir de um outro paradigma, a partir de uma ética ambiental alicerçada na ética da alteridade de Emmanuel Lévinas (d. n. 1906). Uma hipótese é a Economia Solidária que, no interior do capitalismo, pode promover uma nova organização do processo produtivo, em que o trabalhador é também o gestor e beneficiário do processo produtivo, que é redimensionado com vistas ao desenvolvimento sustentável a partir de uma ética ambiental baseada na ética da alteridade. Nesta investigação, adotou-se o método dedutivo crítico e a pesquisa bibliográfica. Nas considerações finais, destaca-se que a Economia Solidária pode ser considerada uma alternativa nos limites da sociabilidade posta, pois é modelo econômico que atende às premissas de sustentabilidade sob o viés da ética da alteridade, mas que ainda há necessidade de se positivar um regime jurídico próprio para essa forma de organização.

PALAVRAS-CHAVE: Economia Solidária. Ética. Sustentabilidade. Emmanuel Lévinas. Natureza. Alteridade.

ABSTRACT: The opportunities for the application of effective sustainable development open up spaces for ethical, economic, social and environmental discussions. Faced with significant environmental degeneration and serious problems of social exclusion, it is necessary to reconfigure the relationship between State, market and nature. In this sense, there are the studies of Emmanuel Lévinas (d. b. 1906) on ethics, in which he supports the principle

of otherness as a founding element of human relationships. Thus, the question arises: in what way the ethics of otherness can contribute to the recognition of the human Other and the Other nature as a premise for the construction of an environmental ethics in which the human Self recognizes itself as part of the environment, and not your dominator? That said, the objective is to demonstrate the need to reconfigure the relationship between State, society and nature based on another paradigm, based on an environmental ethics based on the ethics of alterity of Emmanuel Lévinas (d. n. 1906). One hypothesis is the Solidarity Economy which, within capitalism, can promote a new organization of the production process, in which the worker is also the manager and beneficiary of the production process, which is resized with a view to sustainable development based on environmental ethics. based on the ethics of otherness. In this investigation, the critical deductive method and bibliographic research were adopted. In the final considerations, it is highlighted that the Solidarity Economy can be considered an alternative within the limits of established sociability, as it is an economic model that meets the premises of sustainability under the bias of the ethics of otherness, but there is still a need to establish a regime legal specific to this form of organization.

KEYWORDS: Solidarity Economy. Ethic. Sustainability. Emmanuel Levinas. Nature. Otherness.

INTRODUÇÃO

As interações do homem em face do meio ambiente sempre careceram de um profundo diálogo ético. A medida em que o desenvolvimento econômico e social se baseia no manejo de recursos naturais e no uso dos biomas, impossível é progredir sem verificar o desequilíbrio ambiental formado pela conduta humana. Essa, construída sob o fundamento da desconsideração da importância do meio ambiente por ele mesmo, se tornou pauta de análise quando os seus malefícios se voltaram para o próprio homem.

Por isso, entende-se a necessidade de que as novas reflexões sobre a temática devem embasar-se em uma ética da alteridade, ou seja, que vise o reconhecimento da natureza em si, na sua totalização, e não com base naquilo que tem a oferecer ao indivíduo. Com intuito de alcançar tal propósito, o estudo aponta a teoria de Emmanuel Lévinas (d. n. 1906) como ponto de partida, já que o autor propõe a consideração do Eu para com o Outro sem esperar nada em troca.

Trata-se de um fazer o bem para aquele que desconhece, pelo simples fato dele o ser. Fundamenta-se na importância do alheio, do desconhecido,

porque todos devem ser considerados por quem são. Apesar do estudo não se compor propriamente em uma ética ambiental, é aplicável à pesquisa em destaque pelo fato de que o Outro Natureza precisa ser respeitado e considerado pelo Eu humano pelo simples fato de ser o todo do qual esse último faz parte.

Nesse sentido, o problema de pesquisa é: de que maneira a ética da alteridade pode contribuir para o reconhecimento do Outro humano e do Outro natureza como premissa para a construção de uma ética ambiental em que o Eu homem reconheça-se como parte do meio ambiente, e não o seu dominador? Isso posto, o objetivo da investigação consiste em demonstrar a necessidade de reconfiguração da relação entre Estado, sociedade e natureza a partir de um outro paradigma, a partir de uma ética ambiental alicerçada na ética da alteridade de Emmanuel Lévinas (d. n. 1906).

Isso porque é fundamental discutir os caminhos para promover um desenvolvimento sustentável em que o progresso econômico e social caminhe lado a lado com a manutenção e preservação do meio ambiente. Há de se pensar em uma nova dinâmica sócio-histórica entre o homem e natureza, em que aquele se torne parte dessa e não o seu dominador e parasita.

As transformações econômicas, sociais e do trabalho, derivadas em muito do processo de globalização, tem repercutido diretamente no equilíbrio ambiental e conseqüentemente para a sobrevivência do planeta. Os processos de desenvolvimento ainda atingem veementemente as populações vulneráveis, as classes inferiores e aqueles que se encontram na base dos processos produtivos. O sistema capitalista, como posto, construiu-se descomprometido com a inclusão social, progresso coletivo e preservação ambiental.

Diante da necessidade preeminente de salvaguardar a natureza e reverter os sistemas profundamente marcados por exclusão, se faz necessário discutir novas formas de economia sustentável e democrática. Há de estimular a democracia interna nos processos de desenvolvimento mercadológico, em que o Outro humano e o Outro natureza seja reconhecido e considerado em sua completude.

Utilizando o método dedutivo crítico e pesquisa bibliográfica, o estudo pretende repensar a relação entre Estado, sociedade e natureza sob uma ética da alteridade. Uma hipótese é a Economia Solidária que, no interior do capitalismo, pode promover uma nova organização do processo produtivo, em que o trabalhador é também o gestor e beneficiário do processo produtivo, que é redimensionado com vistas ao desenvolvimento sustentável a partir de uma ética ambiental baseada na ética da alteridade.

Na consecução do objetivo acima delineado, a investigação está organizada em três seções. Inicialmente, aborda-se sobre a ética da alteridade na perspectiva de Lévinas como subsídio teórico para a construção de uma ética ambiental. Na seqüência, apresenta-se premissas do repertório teórico

de Lévinas para o desenvolvimento sustentável a partir da relação entre o Eu e o Outro. Por fim, discorre-se sobre a economia solidária como uma alternativa ao modelo econômico dominante e mecanismo de efetivação de um desenvolvimento ético sustentável nos limites da sociabilidade capitalista.

1. ALTERIDADE EM LÉVINAS COMO SUSTENTÁCULO PARA UMA ÉTICA AMBIENTAL

A noção de ética humana frente ao impacto à natureza tem sido discutida ao longo dos séculos em razão da necessidade preeminente de compatibilização. Ainda que por muito tempo tenha se visto como inconciliáveis homem e natureza, em razão das necessidades de crescimento social e econômico, as constatações modernas de limitação dos recursos naturais tem impulsionado discussões sobre a inevitável reconciliação.

A crise ecológica pós-moderna relaciona-se com os valores humanos, econômicos e políticos atuais. Esses tem atingido diretamente o equilíbrio da natureza, que precisa ser reconhecida em si mesma e como um todo do qual o homem faz parte. Para Capra (2002, p. 268), “o grande desafio do século XXI é da mudança do sistema de valores que está por trás da economia global, de modo a torná-lo compatível com as exigências da dignidade humana e da sustentabilidade ecológica”.

Há emergência em se promover “uma revisão radical dessas suposições em que se embasam a sociedade ocidental, pois estas se pautam em um modo de ver o Universo que é centralizado no ser humano” (Soeiro; Pinheiro; Bautista, 2017, p. 254). Os valores antropocêntricos não mais se coadunam com as necessidades do Universo, que depende de um básico equilíbrio para sua própria manutenção. Diante desse cenário, Serres (1990) propõe o desenvolvimento de um contrato natural, em que o homem passe a se compreender não como dono, mas sim como parte do meio ambiente.

Em tal contrato, prevê-se uma simbiose, ou seja, ações recíprocas entre homem e natureza, de forma a permitir que o indivíduo usufrua dos recursos naturais sem gerar a deterioração do próprio meio. Isso porque, o dano contínuo e prolongado da biota implica na concreta e futura degeneração do próprio homem. Trata-se de garantir que o homem não seja parasita da natureza, porque nessa circunstância ele apenas retira e não contribui, domina e não congrega (Serres, 1990, p. 63-68). Afastando o parasitismo estabelece-se a “reciprocidade: aquilo que a natureza dá ao homem é o que este lhe deve dar a ela, tornada sujeito de direito (Serres, 1990, p. 66)”.

O contrato natural proposto por Serres (1990) estabelece a quebra do antropocentrismo e a substituição pelo biocentrismo, já que o primeiro “vê os seres humanos como situados acima ou fora da natureza, como a fonte de todos os valores, e atribui apenas um valor instrumental, ou de ‘uso’, à

natureza” (Capra, 2006, p. 25). Os valores humanísticos das sociedades pós-modernas não têm se mostrado suficientes diante da atual crise ambiental. Em razão do afastamento da condição global da natureza e da transformação dessa em objeto do homem, nota-se a sua retirada das relações éticas (Soeiro; Pinheiro; Bautista, 2017, p. 256).

O caráter instrumental e utilitário dado ao meio ambiente não é mais razoável, já que são finitos os recursos naturais e há evidente interdependência do homem em face do Universo. Há de se repensar tal nexos sob a ótica de uma nova ética, capaz de reconstruir essa conexão. Para tanto, faz-se imprescindível uma conversão radical nos pensamentos e valores pós-modernos, para introduzir a alteridade como eixo da relação homem e natureza.

A alteridade mencionada pode ser encontrada na expansão dos estudos de Emmanuel Lévinas (d. n. 1906), já que o filósofo aborda a reponsabilidade do Eu humano para com o Outro humano dentro da ótica do Infinito ético. A noção de responsabilidade desenvolve-se por meio da necessidade de sair do Eu individual e ir em direção ao Outro para alcançar o Infinito (Lévinas, 2005, p. 153). A presente investigação pretende desenvolvê-la sob o viés do Eu humano para com o Outro não humano.

A ética proposta por Lévinas impulsiona as partes à intersubjetividade do Outro. Isso porque propõe o reconhecimento desse e a sua consideração sem que se espere nada em troca. A responsabilidade derivaria simplesmente da existência do Outro e não do que esse possa eventualmente oferecer ao Eu (Lévinas, 1993, p. 44). De acordo com o filósofo,

[...] a ética, é o humano, enquanto humano. [...] O único valor absoluto é a possibilidade humana de dar, em relação a si, prioridade ao outro. Não creio que haja uma humanidade que possa recusar esse ideal, mesmo que se deva declará-lo ideal de santidade. Não digo que o homem é um santo, digo que é aquele que compreendeu que a santidade era incontestável. É o começo da filosofia, é o racional, é o inteligível (Lévinas, 2005, p. 149-150).

O autor propõe que o agir do Eu seja desprezioso e alheio a qualquer retributividade. Seria um “ser-para-além-de-minha-morte” (Lévinas, 1993, p. 45). Ou seja, uma conduta que valha independentemente da existência do Eu e que ainda importe com a passagem do tempo, sendo esse tempo a chegada até o tempo do Outro. Uma conduta “para fora do idêntico, para um outro que é absolutamente Outro”, revelando uma extrema generosidade (Lévinas, 1993, p. 44).

A significância particular do Outro é evidente na teoria da alteridade de Lévinas, que não reconhece o Outro a partir da sua própria necessidade,

mas pelo desejo de compreendê-lo. O autor revela essa compreensão evidenciando que “Eu me reencontro diante do Outro. [...] Ele é primordialmente sentido, pois ele o confere à própria expressão, e é por ele somente que um fenômeno como o da significação se introduz, de per si, no ser” (Lévinas, 1993, p. 50).

Alteridade significa tomar o lugar do outro para compreendê-lo, aceitá-lo e valorizá-lo. Não há preocupação em destruí-lo ou submeter a vontade do Eu a do Outro, já que o intuito é diferenciá-lo por quem ele é. Dessa forma, do fracionamento de relações interpessoais, parte-se, por meio da alteridade, para a soma de indivíduos (Azevedo *et al.*, 2018, p. 42).

Compreender uma pessoa é já falar-lhe. Pôr a existência de outrem, deixando-a ser, é já ter aceito essa existência, tê-la tomado em consideração. “Ter aceito”, “ter considerado”, não corresponde a uma compreensão, a um deixar-ser. A palavra delinea uma relação original. Trata-se de perceber a função da linguagem não como subordinada a consciência que se toma da presença de outrem ou de sua vizinhança ou da comunidade com ele, mas como condição desta “tomada de consciência” (Lévinas, 2005, p. 27).

Para a atenção ao Outro é necessário, pela alteridade, desvestir-se do egoísmo do Eu. Isso ocorre pela consciência questionada pelo rosto do Outro, que “desconcerta a intencionalidade que o visa” (Lévinas, 1993, p. 53). Na constatação do rosto do Outro o “O Eu (*Moi*) perde sua soberana coincidência consigo. Diante da exigência do Outro, o Eu (*Moi*) expulsa-se deste repouso” (Lévinas, 1993, p. 53).

A responsabilidade em face do Outro surge, para Lévinas, a partir do encontro com o rosto do Outro, vez que essa confluência provoca uma necessidade de resposta do Eu. Não sendo possível se desvincular dessa provocação, o único que pode respondê-la é o Eu. Assim surge a responsabilidade, causada pelo movimento ético do Outro em face da consciência daquele. À união deles, Lévinas denomina Infinito (Lévinas, 1993, p. 53-54).

Verifica-se que a construção da relação ética se inicia quando o rosto do outro emerge ao Eu. Isso porque nesse momento é possível que esse último tome uma posição em relação ao primeiro. Esse posicionamento, inabdicável, pode inclusive ser de renúncia ou indiferença, já que essas condutas também são formas de tomada de posição. O Eu pode fechar-se ao Outro, negá-lo e subjugá-lo.

Essas posturas, todavia, não são formas de construção da ética fundamental desenvolvida por Lévinas. Para o autor, é imprescindível que o Eu e o Outro se coloquem face a face para que haja reconhecimento e

desenvolvimento da alteridade. Trata-se de um chamado à responsabilidade diante do Outro que se revela.

O alcance da alteridade proposta por Lévinas faz com surja a justiça, que implica não em uma comparação entre indivíduos e posturas, mas sim na manifestação da ideia de equidade. Apenas essa seria, pelos estudos do autor, capaz de promover a sabedoria do amor para com o Outro (Lévinas, 2005, p. 40). “A Ética da Alteridade é a capacidade de conviver com o diferente, indivíduo, grupo ou natureza, através de um olhar voltado justamente para o reconhecimento e o acolhimento das diferenças” (Azevedo *et al.*, 2018, p. 43).

Apesar da ética levinasiana não se caracterizar propriamente como uma ética ambiental, vai ao encontro da presente discussão, porque revela o caráter essencial da relação com o meio ambiente: a responsabilidade do Eu humano para com o Outro natureza. O estudo de Lévinas (1993, p. 111-114) propõe o afastamento da visão individualista e utilitarista do Outro. Logo, adequa-se à necessidade do agir humano em extrema generosidade para com o meio ambiente.

Sob a ótica da ética levinasiana, pode-se compreender que o Outro natureza surge não apenas a partir da necessidade humana do uso de recursos naturais, mas sim por quem ele próprio é. O Outro natureza significa por si mesmo, logo necessita de reconhecimento em sua completude. Não se trata de afastar o uso humano daquilo que a biota pode conferir, mas imputar a ele responsabilidade por essa conduta.

Apenas pela revisão da concepção humana de meio ambiente, para entendê-lo como totalidade do qual faz parte o indivíduo, é possível construir a ética ambiental. Não é plausível permanecer observando o Universo na centralidade do sujeito, vez que a natureza é una e indivisível (Francisco, 2015, p. 06). “A proposta de Lévinas, embora centrada no ser humano, contempla aspectos dos mais relevantes à questão ambiental, como a alteridade e a responsabilidade para com o futuro, o pensamento ético voltado para o Outro” (Souza; Dutra, 2011, p. 18).

Criar uma dependência entre o Eu humano e o Outro não humano significa produzir reponsabilidade em relação à Voz e ao Rosto desse Outro. Ressignificar essa relação depende da aplicação da alteridade, que propõe a transferência do sentido ético do Eu para com o Outro não humano, reconhecendo a sua totalidade e dignidade. Ações não egoístas, que se fundamentem na indeclinável responsabilidade do homem para com a natureza, podem vir a retirar a barreira criada por via da relação homem-homem. Isso porque,

[...] eu não sou apenas responsável pelo outro, mas também pela alteridade do outro, isto é, pelo discernimento entre a ambiguidade com que este

me aparece, pronto a dissolver-se no anonimato do ser de onde brotara, e o rastro indelével que deixa à sua passagem, quase imperceptível no seio da ordem que caracteriza a totalidade ontológica, mas que cabe nós detectar e reter (Beckert, 2008, p. 124).

Em sendo o Outro natureza ser integral por si só, é preciso reconhecê-lo como sujeito para que seja garantida a sua tutela. Apenas reconhecendo o Outro como sujeito é que o Eu se torna capaz de conferir à universalidade a capacidade de assim o ser. A possibilidade de todos se tornarem sujeitos promove a amplitude da proteção e imputa a todos a responsabilidade.

Sob a ótica ambiental, faz-se importante que o homem compreenda-se ser finito, pertencente a um Outro de característica incomensurável. Em sendo parte, a destruição do segundo provocará precisa morte do primeiro. Uma atitude pautada na alteridade faz-se urgente na sociedade pós-moderna, para que se rompa o ciclo de utilitarismo e leviandade no que se refere à manutenção da própria vida. Como destacam Souza e Dutra (2011, p. 19), “as frequentes tragédias climáticas, cujos resultados contribuem para a irresponsabilidade coletivamente organizada em torno do poder centralizado, dão conta da insensibilidade da sociedade para com os Outros”.

O desenvolvimento de uma ética ambiental deve partir da admissão do Outro natureza e do Outro homem como ser vivo. Todos, como criaturas dotadas de vida, carecem de condições para sobrevivência. Dessa forma, o problema de investigação ambiental refere-se à manutenção do meio, assim como ao desenvolvimento econômico e social das próprias comunidades. Dado que o ambiente é composto por todos os serem que se relacionam, inclusive o homem, é preciso discutir uma ética capaz de manter o equilíbrio dessas interligações.

Uma ética ambiental pós-moderna é então uma ética baseada na alteridade, no fazer pelo Outro, homem ou natureza, sem esperar retribuição. Trata-se do conjunto de ações solidárias, baseadas no reconhecimento, na integração, multiplicidade e complexidade de todos os seres. Em suma, uma diretriz para as ações que considere o progresso social de todos, o avanço econômico em cada comunidade e a manutenção da preservação ambiental.

2. PREMISSA LEVINASIANA PARA A CONSOLIDAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Assumir e positivar a responsabilidade do Eu humano em face dos demais e do Outro não humano deve ser premissa para o desenvolvimento de teorias e ações relativas ao desenvolvimento sustentável. Isso porque, apenas pela compreensão do homem como parte da biota é que será possível

criar mecanismos para que, na pós-modernidade, se desenvolva em âmbito social e econômico, sem drásticos prejuízos ao meio ambiente.

O bem-estar atual não pode ser motivo fundante para comprometer o bem-estar daqueles que virão. É necessário respeitar e considerar o Outro natureza e o Outro humano que não compõe a atual geração em suas inteirezas, afim de desenvolver um relacionamento sistêmico entre indivíduo, biota e as futuras gerações. Portanto, “a Ética da Alteridade, que é a visão, a inclusão e o respeito ao Outro, é neste momento, a pedra angular da construção de um novo futuro” (AZEVEDO et al., 2018, p. 41).

A crise ambiental ganhou destaque a partir da década de sessenta do século passado, em razão dos reflexos derivados do colapso do Estado moderno. O modelo liberal implementado contribuiu para o desenvolvimento econômico, mas também para tolher qualquer incipiente discussão anterior sobre a ordem social e ambiental. Suas crises, todavia, derivadas em muito das consequências da Revolução Industrial (sec. XVIII e XIX), apontaram para a necessidade de que os Estados reanalisassem suas posturas desenvolvimentistas.

A ocorrência de desastres ambientais e a verificação de significativas mudanças climáticas levou a comunidade internacional a questionar as modernas formas de progresso. A fim de discutir possíveis soluções para os problemas relacionados ao meio ambiente, foi realizada em 1972 a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo, na Suécia (Oliveira, 2017, p. 60).

É possível observar que na década de setenta há um aumento das discussões e do descontentamento para com o modo de produção pós-feudal, principalmente no que se refere aos custos que o planeta passou a suportar. O tradicional modelo capitalista tornou-se insuficiente diante das crises ambientais e dos desastres relacionados à natureza. O uso predatório dos recursos naturais para satisfação das necessidades humanas passou a ser questionado, principalmente em razão das consequências que atingiram, inclusive, a própria humanidade (Gonçalves, 2014, p. 27).

Apesar das discussões promovidas pela Convenção de Estocolmo, essas não foram suficientes para desenvolver um conceito de progresso acoplado de forma equânime à proteção ambiental. Foi apenas em 1987 que a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento publicou o Relatório de Brundtland, documento responsável pela primeira menção internacional acerca do desenvolvimento sustentável. Intitulado “Nosso Futuro Comum”, a declaração estabeleceu que o desenvolvimento sustentável é

[...] um processo de transformação no qual a exploração dos recursos, a direção dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional se harmonizam e reforçam o potencial presente e

futuro, a fim de atender as necessidades e aspirações humanas (Comissão Mundial Sobre Meio Ambiente E Desenvolvimento, 1991, p. 49).

Nota-se que o conceito de desenvolvimento sustentável ultrapassa o viés ecológico para positivar a necessidade de se manter um equilíbrio apropriado entre o desenvolvimento econômico e social ainda que haja exploração de recursos naturais. Em suma, visa-se ponderar para garantir dois direitos fundamentais: o da livre iniciativa e do meio ambiente saudável. É um modelo equilibrado que objetiva a satisfação das necessidades das gerações atuais sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazer suas próprias necessidades.

É possível identificar, entretanto, que nas concepções tratadas acerca do desenvolvimento sustentável, o homem ainda permanece como centro da discussão. Isso porque a finalidade de progredir social e economicamente, utilizando o que a natureza pode oferecer, é prevista para o atendimento das necessidades do homem e daqueles que virão, e não em razão de quem o próprio meio ambiente é. A noção de ética, nesse caso, mantém-se idealizada no homem.

Isso deriva do fato de que durante muito tempo o Eu homem optou por não reconhecer o Outro natureza. A opção por um agir ético de indiferença, sem alteridade, fez com que se formasse um abismo nessa relação. No rosto do Outro fixou-se, com o passar do tempo, indignação, miséria e penúria. Ao meio ambiente foram imputadas as consequências de um sistema alienante e irresponsável.

Os modelos atuais de produção e reprodução da existência tem se mostrado ineficazes no processo de busca de soluções ambientais, pois transformaram a natureza em matéria-prima para todo o cumprimento de satisfação humana. Com isso, “trouxe consigo uma falsa impressão de progresso econômico e tecnológico, posto que, deixou de contabilizar as externalidades negativas existentes na cadeia produtiva e promoveu a ruptura ontológica entre o homem e a natureza, da qual ele faz parte” (Gonçalves, 2014, p. 27).

A ruptura do homem e da natureza desumanizou essa relação tornando o homem apenas o seu consumidor e predador. Retirou-se a consciência de pertencimento a partir do momento que o homem passou a compreender a natureza como bem próprio e de uso particular. A resposta ambiental aos maus-tratos humanos, entretanto, não é instantânea, o que acarreta necessário prejuízo às gerações vindouras (Gonçalves, 2014, p. 27).

A alteridade em face do Outro natureza significa repensar a postura humana para com o uso indiscriminado do meio ambiente. O paradigma atual de desenvolvimento implica em um parasitismo para com a biota e não um contrato simbiótico como ensina Serres (1990). Tais condutas têm ocasionado graves problemas ambientais como aquecimento global,

perda da biodiversidade e disparidades sociais. É preciso pensar em um desenvolvimento sustentável que se baseie na responsabilidade social, econômica e ambiental do homem para com o planeta e as gerações futuras.

As alterações socioambientais atuais relevam a necessidade de ampliar as ações dos Estados e das sociedades em prol da preservação. Em uma perspectiva transgeracional, a formulação e execução de políticas públicas deve ter seu sustentáculo na alteridade, já que essa, como visto, propõe uma reconstrução do entendimento dos seres bióticos e abióticos como uma totalidade. O atual momento histórico e social requer efetivo olhar e estima em proveito da natureza (Coimbra; Santin, 2018, p. 84).

O caminho em direção à efetiva sustentabilidade em seus três eixos implica, necessariamente, em uma radical transformação da postura humana. “É necessário o esforço de toda a humanidade, das sociedades mais industrializadas àquelas de mais recente industrialização ou ainda não industrializadas, com o objetivo de criarem novas formas de desenvolvimento” (Azevedo et al., 2018, p. 46).

Reestabelecer as estruturas ambientais e retomar o cuidado com a natureza requer completas mudanças nos estilos de vida das sociedades, nos modelos de consumo e nas organizações de poder (Francisco, 2015, p. 05). Pois, conforme ressalta Francisco (2015, p. 6), “o progresso humano autêntico possui um carácter moral e pressupõe o pleno respeito pela pessoa humana, mas deve prestar atenção também ao mundo natural e ter em conta a natureza de cada ser e as ligações mútuas entre todos, num sistema ordenado”.

O desenvolvimento sustentável embasado na ética discutida deve ter como enunciado a aproximação do indivíduo da natureza para que ele deixe de ser apenas consumidor, mero explorador dos recursos naturais, e se torne admirador e parte dela. Apenas a partir da assimilação de que tudo o que compõe o Universo encontra-se diretamente unido haverá verdadeira alteridade e transformação nas atuais formas de uso e domínio (Francisco, 2015, p. 11).

A responsabilidade pela proteção do meio ambiente é de todos os sujeitos, em razão da sua indivisibilidade, indisponibilidade e pela dimensão coletiva das suas vantagens e dos ônus derivados do mau uso (Gonçalves, 2014, p. 38). Assim, se Estado, sociedade e mercado são atores que, ao longo da história, tem ignorado a coexistência do Outro natureza, cabe a eles repensar suas formas de interligação.

O desenvolvimento sustentável implica em novas modalidades de crescimento que garanta dignidade humana e ambiental (Francisco, 2015, p. 148). Garantir um desenvolvimento sustentável, no viés ambiental, é atuar na preservação da vida por meio do equilíbrio presente na própria natureza. Essa estabilidade deve derivar da vivência conjunta entre os seres humanos e

não humanos, de modo a formar um sistema autossuficiente. Esse complexo arranjo implica em não retirar mais do meio ambiente do que ele pode se regenerar e devolver ao próprio homem (Brown, 2010, p. 09).

No viés econômico e social, o progresso deve levar em conta as transformações tecnológicas, vez que essas podem auxiliar na conciliação do desenvolvimento econômico com a preservação da natureza. Ademais, a produção de alimentos, o consumo, a construção de infraestruturas e a distribuição de recursos necessários à vida deve levar em consideração a efetiva demanda humana. O desenvolvimento econômico e social deve atender a promoção de uma vida globalmente digna e não aos esmeros humanos (Francisco, 2015, p. 130-135).

Inevitável é repensar a relação entre Estado, sociedade, mercado e natureza. O sistema capitalista não tem sido suficiente para manutenção do equilíbrio necessário das influências e interações de ordem física, química e biológica. Para aplicação da alteridade levinasiana é imperativo que se desenvolva um modelo em que os indivíduos tenham como legítimas as premências do Outro humano e do Outro não humano. Um instituto que promova desenvolvimento econômico, social e que resguarde a vida em todas as suas formas.

3. ECONOMIA SOLIDÁRIA COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DE UM DESENVOLVIMENTO ÉTICO SUSTENTÁVEL

A exploração parasitária e secular do meio ambiente tem gerado questionamentos globais acerca da possibilidade de se desenvolver um modelo econômico que proporcione a retomada da relação entre homem e natureza e que ao mesmo tempo promova o progresso técnico e mercadológico. Para tanto, é necessária a valorização do Outro indivíduo e do Outro natureza, ambos em suas completudes. Cumpre restabelecer o equilíbrio ético entre Estado, mercado, sociedade e natureza, além de, no meio deles, consolidar o conceito de cooperação.

Na contramão da exploração humana e ambiental, da concentração de produção e riqueza, bem como em vistas do crescimento ético econômico, apresenta-se a economia solidária. O modelo econômico, apesar de modernamente tratado, possui sua origem em períodos anteriores ao capitalismo e mesmo ao feudalismo. É possível notar sua presença já entre as formas de produção do chamado período pré-histórico e tribal, no contexto das situações de troca, cooperação e solidariedade (Arroyo; Schuch, 2006, p. 24).

Cientificamente, o modelo foi tratado inicialmente no século XIX, na Europa, por meio dos estudos de Charles Fourier (1772-1873), Pierre Proudhon

(1809-1865) e Robert Owen (1773-1858). O desenvolvimento da teoria da economia solidária não foi suficiente, entretanto, para a implementação do modelo (Arroyo; Schuch, 2006).

A economia solidária não atua fora dos limites impostos pelo modo de produção capitalista. Portanto, a proposta é partir das formas econômicas e sociais existentes para criar alternativas mais humanas para aqueles que se envolvem com ela. O paradigma prescreve autonomia dos grupos que a praticam, autogestão, qualificação dos profissionais e ações em ambientes sustentáveis.

Nas dimensões não materiais, colabora para a autodeterminação daqueles que participam e, ao mesmo tempo, acolhida do outro. Como se propõe a ser uma forma de gerir o empreendimento em que todos são igualmente importantes, vez que os trabalhadores são também gestores do próprio negócio, a economia solidária colabora para o alcance da liberdade individual e para o verdadeiro respeito e consideração daquele que se encontra ao lado. Opõe-se significativamente aos processos dominantes de geração de renda que se baseiam na dominação e exploração.

Apesar das críticas à tese da economia solidária, o aumento da luta dos trabalhadores no primeiro terço do século XIX na Europa impulsionaram às discussões sobre uma nova forma de organização mercadológica. O compromisso dos Estados em estabelecer entendimento entre o proletariado e a grande burguesia não foi efetivado, mantendo a massa populacional excluída da vida econômica e política (Faria, 2011, p. 102). De uma crise à outra, em meio aos baixos salários e precarização do dia a dia do trabalhador, os esforços dessa classe foram direcionados a tentativas autônomas de organização (Singer, 2002, p. 29).

Muitas das sociedades cooperativas que foram fundadas no fim dos anos 20 e começo dos 30 [do século XIX] eram desta espécie, originadas ou de greves ou diretamente de grupos locais de sindicalistas, que haviam sofrido rebaixa de salários ou falta de emprego. [...] Em outros casos, pequenos grupos de trabalhadores simplesmente se uniam sem qualquer patrocínio formal e iniciavam sociedades por conta própria (Cole, 1944, p. 24).

A economia solidária é um modo de produção baseado na autogestão e gerência democrática. Objetiva-se promover a igualdade de direitos entre os envolvidos, o equânime acesso aos meios de produção e a preservação dos recursos naturais utilizados no processo produtivo (Singer, 2008, p. 289). Cada indivíduo não se torna dono de parte da propriedade industrial, mas sim do empreendimento como um todo. A medida em que são trabalhadores e donos do próprio segmento econômico, desenvolvem um trabalho em coletividade, com reconhecimento do Outro e consideração do seu interesse.

Entende-se a autogestão como o exercício do poder diretivo e regulamentar compartilhado. O conjunto de regras e diretrizes para o crescimento do negócio é idealizado conjuntamente, o que evidencia a natureza democrática da empresa. Isto posto, os indivíduos que dependem financeiramente do êxito do empreendimento são os mesmo que decidem sobre ele e labutam para o seu sucesso. Privilegia-se, assim, o fator trabalho e colaboração.

A autogestão também é eficiente diante da competição mercadológica que envolve os empreendimentos. Isso porque ela propõe o reconhecimento do próprio negócio e que o seu desenvolvimento garanta também o progresso comunitário e estabilidade do meio em que se insere. Assim, propõe uma competição sadia, em que seja possível a harmonia de todos os envolvidos. Opõe-se à heterogestão, em que um indivíduo impõe a forma de gerir a empresa aos demais e, por via do comando vertical, apenas retira dela os seus benefícios (Singer, 2002, p. 04).

Não se pode afastar o evidente caráter político dessa associação. A medida em que todos possuem o comando diretivo da organização, é preciso que se estruturam para garantir a participação de todos no processo de tomada de decisões. O poder de opinar e decidir é comum, logo, devem-se ser estruturadas formas de representação, votações, quóruns para deliberações, de modo que o aperfeiçoamento e progressão do negócio seja fruto de uma construção coletiva (Cattani, 2003, p. 20).

Há efetiva valorização do indivíduo e do próprio meio em que se inserem aqueles que optam pela economia solidária, tendo em vista que essa reconhece a sua dependência para com os recursos necessário à produção. Outrossim, “o capital da empresa solidária é possuído pelos que nela trabalham e apenas por eles. Trabalho e capital estão fundidos porque todos os que trabalham são proprietários da empresa e não há proprietários que não trabalhem na empresa” (Singer, 2002, p. 83).

O objetivo é garantir uma emancipação do indivíduo por meio da sua própria força laborativa, processo de criatividade e de conscientização. Ao mesmo tempo em que resgata a dignidade humana, visa preservar o meio ambiente natural e a biodiversidade. A iniciativa manifesta-se da própria comunidade, o que aumenta o empenho de cada participante de melhorar a condição de vida coletiva (Singer, 2002, p. 112).

Implica em sujeitos que se organizam a partir da base e não por um comando superior hierárquico. Rompem, assim, a verticalidade das relações sociais e, conseqüentemente, as relações de emprego que se baseiam em poder. No objeto estudado, podem-se ver relações horizontais, que prezam pela existência e colaboração de cada envolvido. Todos são igualmente significativos para o negócio e não há trabalho considerado irrelevante. O aspecto da “solidariedade na economia se dá se ela for organizada

igualmente pelos que se associam para produzir, comercializar, consumir ou poupar” (Singer, 2002, p. 09).

A economia solidária propõe uma revisão nos sistemas de acumulação de capital, das relações de trabalho e do uso da natureza. Pretende alcançar uma globalização econômica humanizada, além da criação de comunidades justas, racionais e equilibradas. Permeia o seu processo produtivo com regras de sustentabilidade para a geração de melhor qualidade de vida não apenas aos seus associados, mas para todos os cidadãos (Arroyo; Schuch, 2006, p. 38).

A medida em que cada trabalhador/gestor deve empenhar-se e importar-se com o trabalho do outro para o crescimento da empresa, bem como com a natureza e com a comunidade em que se insere, há evidente aplicação da ética levinasiana. Há um bem maior a ser promovido que é coletivo, universal, e não utilitarista e egoísta. Antes dessa sistematização, contudo, esses indivíduos costumam ser trabalhadores economicamente marginalizados: desempregados ou submetidos à economia informal.

Em suma, existe uma superação da dimensão puramente econômica, valorizando o desenvolvimento integral do homem e a salvaguarda do meio ambiente. Recorrendo à economia solidária, é possível concretizar relações de trabalho dignas, promover a formalidade, o progresso econômico e ampliar as ações de preservação ambiental, visto que apregoa a produção, comercialização e consumo igualitário, não concebe a desigualdade e a exploração da natureza como conjunturas sociais naturais. O programa se fundamenta na própria contradição do capitalismo, já que cria oportunidade para a fixação de uma lógica que é contrária ao domínio por parte de outro.

A melhoria da organização parte de uma ótica endógena, mas assume a total dependência do exógeno. Ao mesmo tempo que os trabalhadores se preocupam com as relações interpessoais, que fazem o trabalho progredir, cuidam das técnicas de manejo dos recursos naturais, afim de que o equilíbrio ambiental seja mantido. Cada indivíduo que labuta na organização tem “uma forma de ver o desenvolvimento de uma sociedade, ciente dos prejuízos causados ao meio ambiente pelo desenvolvimento econômico atual” (Cattani, 2003, p. 76).

Para prosseguir na implementação desse modelo de empreendimento, o Brasil tem atuado na formalização de empreendimentos coletivos. Isso é possível de ser verificado principalmente em políticas públicas municipais e estaduais (Singer, 2011, p. 408). As ações das secretarias se colocam como fundamentais para o apoio dessas entidades, que muitas vezes são formadas por indivíduos que não possuem conhecimentos técnicos para a gestão da organização (Singer, 2008, p. 296).

Com o intuito de fomentar a Economia Solidária, em 2003, foi publicada a Lei n. 10.683, de 28 de maio, que criou a Secretaria Nacional de

Economia Solidária (SENAES) como órgão do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). A lei foi posteriormente revogada pela Lei n. 13.502, de 01 de novembro de 2017, e atualmente aplica-se à temática a Lei n. 13.844, de 18 de junho de 2019.

Dentre as importantes atuações da SENAES está a elaboração de espaços de discussão social sobre a temática da economia solidária. Nesses, é possível ainda promover o controle social de políticas públicas pertinentes à matéria e criar um diálogo entre sociedade civil e Estado. Uma espécie de cidadania social é possível ser vista em meio aos crescentes cenários de solidariedade econômica.

Os ambientes colaboram ainda para a formação de redes econômicas, que são estratégias para conectar os empreendimentos solidários. Com elas, todos aqueles que se inserem no ambiente de solidariedade, com comercialização, produção, financiamentos e consumo tomam conhecimento dos negócios solidários e podem contribuir para o crescimento coletivo. Formam-se zonas com alto fluxo de informações, matérias primas, agregação e diversidade (Cattani, 2003, p. 220).

Um dos maiores desafios da economia solidária atualmente encontra-se na ausência de um regime jurídico próprio para essa sistematização econômica. Apesar de prevista doutrinariamente e com instituições estatais que a promovem, não há uma legislação específica aplicável a ela que consolide o seu conceito, princípios, forma de atuação, aplicação da legislação tributária e mesmo trabalhista.

A despeito de ser instrumento eficaz para a promoção de uma ética global, pautada na alteridade, que valorize homem, progresso e natureza, não há substrato legal para sua formalização. Permanece, assim, a insegurança jurídica daqueles que optam pelo modelo, bem como os desejos de instrumentos legais capazes de contribuir para o acréscimo de solidariedade no vínculo entre Estado, mercado, sociedade e natureza.

CONCLUSÃO

O capitalismo como concebido conferiu à pequena parcela da sociedade o papel dominante na organização social e mercadológica. Essa, desinteressada na integração das estruturas jurídicas e ideológicas, manteve fora das pautas de discussões a preservação dos interesses comunitários e a conservação do meio ambiente. Em uma postura de distanciamento, o Outro humano e o Outro não humano, nesse processo de sistematização econômica, foram desconsiderados em suas singularidades e importâncias.

A necessidade de rediscutir a relação existente entre Estado, sociedade, mercado e natureza se faz necessária. Tanto pelo aspecto da importância de cada ator nas inter-relações, quanto em vistas da manutenção do próprio

Universo. Os processos de exclusão social e de degradação do meio ambiente são notórios e, ainda que se fale em promover um desenvolvimento sustentável, há preeminência em modificar a centralidade da discussão. Deixando uma perspectiva antropocêntrica, a pesquisa propôs a introdução do biocentrismo como ponto de partida para promover uma nova conexão entre os seres bióticos e abióticos.

A tese biocêntrica não exclui a relevância humana. Em sentido oposto, em verdade, preconiza-se o reconhecimento do indivíduo como parte do próprio meio ambiente e não o seu dominador. Para tanto, sugeriu-se a aplicação da ética da alteridade, idealizada por Lévinas, para que o Eu humano se tornasse capaz de identificar o rosto do Outro humano e não humano em vistas de fazer por ele em desconsideração dos seus próprios desejos e necessidades.

Portanto, tem-se como considerações finais que a ética levinasiana, apesar de não se compor propriamente em uma ética ambiental, adequou-se à discussão por pretender o fomento da solidariedade, justiça e generosidade em uma concepção de fazer o bem aos demais sem considerar o próprio bem. Deve, dessa maneira, ser sustentáculo para os novos debates sobre desenvolvimento sustentável, já que esse carece de ser entendido à luz da interdependência entre desenvolvimento econômico, social e preservação ambiental.

Diante desse cenário, como um de seus principais resultados, a pesquisa apontou a economia solidária como mecanismo para se promover o progresso comunitário com o resguardo da natureza. Por via da autogestão do negócio e da propriedade econômica coletiva, trabalhadores se tornam responsáveis uns pelos outros e pela preservação dos recursos naturais necessários à cadeia produtiva.

REFERÊNCIAS

ARROYO, João Cláudio Tupinambá; SCHUCH, Flávio Camargo. *Economia popular e solidária: alavanca para um desenvolvimento sustentável e solidário*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006.

AZEVEDO, Paola Zambon; GIULIANO, Carla Pantoja; WALDMAN, Ricardo Libel; RUTHSCHILLING, Anne Anicet. Estabelecendo confluências: sustentabilidade e a ética da alteridade de Emmanuel Lévinas. *Mix Sustentável*, Florianópolis, v. 4, n.1, p. 40-48, mar. 2018.

BECKERT, Cristina. *Um pensar para o Outro: estudos sobre Emmanuel Lévinas*. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2008.

BROWN, Sass. *Eco Moda*. Modena: Logos, 2010.

Luiz Gustavo Tirolí
Lara Caxico Martins Miranda
Fernando de Brito Alves

CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas: ciência para a vida sustentável*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2002.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. Tradução de Newton Roberval Eichenberg. 13. ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

CATTANI, Antonio David. *A outra economia*. Porto Alegre: Veraz Editores, 2003.

COIMBRA, Alfredo; SANTIN, Valter Foletto. Essencialidade de plano de manejo para licenciamento ambiental de loteamento em área de proteção ambiental. *Cadernos de Direito*, Piracicaba, v. 18, n. 35, p. 83-96, jul./dez. 2018.

COLE, G. D. H. A. *Century of Co-operation*. Manchester: Cooperative Union Ltd., 1944.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso futuro comum*. 2. ed. Fundação Getúlio Vargas: Rio de Janeiro, 1991.

FARIA, Maurício Sardá de. *Autogestão, cooperativa, economia solidária: avatares do trabalho e do capital*. Florianópolis: UFSC, 2011.

FRANCISCO. *Carta encíclica Laudato Si'*: sobre o cuidado da casa comum. 1. ed. Rio de Janeiro: Paulinas, 2015.

GONÇALVES, José Aparecido. *O dano ambiental e as gerações futuras*. Argumenta, Jacarezinho, s/v., n. 21, p. 25-50, jul./dez. 2014.

LÉVINAS, Emmanuel. *Entre nós: ensaios sobre a alteridade*. Tradução de Pergentino S. Pivatto. Petrópolis: Vozes, 2005.

LÉVINAS, Emmanuel. *Humanismo do outro homem*. Petrópolis: Vozes, 1993.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. *Direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Método, 2017.

SERRES, Micheal. *O contrato natural*. Tradução de Serafim Ferreira. 2. ed. Lisboa: François Bourin, 1990.

SINGER, Paulo. *A economia solidária no Governo Federal*. In: BENINI, Édi; FARIA, Maurício Sardá de; NOVAES, Henrique T.; DAGNINO, Renato

(Orgs.). *Gestão Pública e sociedade: fundamentos e políticas públicas de economia solidária*. São Paulo: Outras expressões, 2011. p. 407-412.

SINGER, Paulo. A recente ressurreição da economia solidária no Brasil. In.: *Produzir para viver: os caminhos da produção não capitalista*. Boaventura de Souza Santos [Org.] Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 83.

SINGER, Paulo. *Introdução à Economia Solidária*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002.

SINGER, Paulo. *Economia solidária*. Estudos Avançados, São Paulo, v. 22, n. 62, p. 289-314, jan./abril. 2008.

SOEIRO; Ítalo César de Moura; PINHEIRO; Mariana Assis; BAUTISTA, Diana Carolina Gómez. Alteridade e ato responsável em Bakhtin e Lévinas: contribuições à educação ambiental inspirada pelo infinito ético. *Revista Desenvolvimento e Meio Ambiente*, Curitiba, v. 40, s/n, p. 253-273, abr. 2017.

SOUZA, José Fernando Vidal de; DUTRA, Tônia Andrea Horbatiuk. *Alteridade e ecocidadania: uma ética a partir do limite na interface entre Bauman e Lévinas*. Cadernos de Direito, Piracicaba, v. 11, n. 20, p. 07-22, jan./jun. 2011.

Recebido em: 14/08/2023
Aprovado em: 28/09/2023

UMA PROPOSTA DECOLONIALIZADA: JUSTIÇA RESTAURATIVA À BRASILEIRA

*A DECOLONIALIZED PROPOSAL:
RESTORATIVE JUSTICE IN BRAZIL*

*Marcela Modesto Fermino¹
Edson Vieira da Silva Filho²*

SUMÁRIO: Introdução. 1. A População Brasileira Enquanto Subalterna. 2. A Necessidade de Deconolizar O Sistema Penal. 3. Por Fim, a Brasilidade: Uma Proposta de Justiça Restaurativa à Brasileira. Conclusão. Referências

1 Mestrado em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM

2 Pós Doutor pela UNISINOS e Doutor em Direito pela UNESA. Professor Adjunto da Faculdade de Direito do Sul de Minas em tempo integral (DE) e membro do Núcleo Docente Estruturante. Professor do PPGD da FDSM. Presidente da Fundação Sul Mineira de Ensino.

RESUMO: A Justiça Restaurativa é um movimento criado nos Estados Unidos e Canadá em meados dos anos oitenta que visa implementar um processo paralelo ao penal em casos criminais a fim de prestar apoio às vítimas. Inspiradas em práticas indígenas originárias da América do Norte, as práticas restaurativas obtiveram resultados positivos, visto que não pretendem acabar, diminuir ou prevenir a criminalidade, mas sim dar amparo às vítimas na medida do que for possível, considerando os elementos vítima-ofensor-comunidade, através dos chamados processos circulares. Em 2016, a Justiça Restaurativa foi recepcionada no Brasil pela Resolução 225 do CNJ, sob recomendação das Resoluções 1999/26, 2000/14 e 2002/12 das Organizações das Nações Unidas. No entanto, o problema desta importação da Justiça Restaurativa, é que, além de ter realizado uma implementação estritamente dogmática sem considerar a realidade brasileira, o sistema judiciário ainda desconsiderou pontos cruciais da teoria original, do autor Howard Zehr, sobre como ela deve ser composta. Apresentado o problema de pesquisa, neste trabalho se buscará realizar uma análise de decolonização da Justiça Restaurativa, visto que ela foi desenvolvida considerando a realidade norte-americana (questão, inclusive, apresentada por Zehr), e utilizando como fundamentos a brasilidade dentro da Crítica Hermenêutica do Direito. Para tanto, a metodologia utilizada será a bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Brasilidades. Crítica Hermenêutica do Direito. Decolonização. Justiça Restaurativa. Sistema Punitivo.

ABSTRACT: Restorative Justice is a movement created in the United States and Canada in the mid-1980s and aims to implement a process in criminal cases. Inspired by indigenous practices originating in North America, restorative practices have obtained positive results, since they do not intend to end, diminish or prevent crime, but rather to provide support to victims to the extent possible, considering the victim-offender-community elements, through the so-called circular processes. In 2016, Restorative Justice was received in Brazil by Resolution 225 of the CNJ, under the recommendation of Resolutions 1999/26, 2000/14 and 2002/12 of the United Nations Organizations. However, the problem of this importation of Restorative Justice, is that, besides having carried out an implementation without considering the Brazilian reality, the judiciary system still disregarded crucial points of the original theory, by author Howard Zehr, on how it should be composed. Having presented the research problem, this work will seek to perform a decolonization analysis of Restorative Justice, since it was developed considering the North-American reality (an issue, inclusively, presented by Zehr), and using the Brazilianness within the

Critical Hermeneutics of Law as grounds. To this end, the methodology used will be bibliographical.

KEYWORDS: Brazilities. Critical Hermeneutics of Law. Decolonization. Restorative Justice. Punitive System.

INTRODUÇÃO

Desvelar a Justiça Restaurativa na realidade brasileira é uma tarefa que exige compreensões que vão além do direito. Dessa forma, para se estabelecer uma nova concepção de algo que compõe o sistema penal, é preciso trazer a discussão sobre as raízes desses problemas, e nesta pesquisa se assume como problemática a subalternidade dos saberes do Brasil e a necessidade de decolonizar o sistema penal, emancipando dos projetos globais que foram aplicados não somente sobre a população brasileira, mas por toda a América Latina. É necessário, portanto, que haja uma reconstrução do conceito de Justiça Restaurativa, sendo realizada nesta pesquisa um modelo de proposta de Justiça Restaurativa à brasileira.

Para a construção deste trabalho, divide-se os temas em três. O primeiro, a fim de embasar a premissa do trabalho, é sobre a compreensão da população brasileira enquanto considerada subalterna. Isso não significa que, de fato, os cidadãos brasileiros são inferiores, mas sim que por motivos históricos – colonização, escravidão, imigração para branqueamento do país, etc – toda a sociedade brasileira foi inferiorizada pelos países centrais, fato que legitimou a implementação de projetos de poder, que possuem reflexos até a contemporaneidade. Assim, neste primeiro momento, serão tratados temas como o imaginário cristão, a colonialidade do poder e a diferença colonial, conceitos de Walter Mignolo ao se tratar de subalternidade, para dar a fundamentação prima da necessidade da reformulação da Justiça Restaurativa.

No segundo momento, trata-se da necessidade de decolonização do sistema penal em específico, demonstrando toda a problemática que ocorreu quando se voltou o foco para o ofensor ou autor do crime, criando um sistema que estigmatiza, age de forma verticalizada e nega direitos fundamentais para parte da população. Para a construção desta parte do artigo, utiliza-se o criminólogo Eugenio Zaffaroni, que realiza denúncias sobre as problemáticas mais emblemáticas do sistema penal brasileiro, demonstrando mais uma vez que a vítima é negligenciada pelo Estado.

Por fim, o terceiro capítulo expõe as contradições existentes na Resolução 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça, que se trata da implementação da Justiça Restaurativa no ordenamento jurídico brasileiro.

A aplicação preguiçosa da teoria norte-americana causa, ao toque da realidade, problemas em duas dimensões: primeira, a da má aplicação em si, o que significa que deve ser feita uma correção da própria legislação brasileira, e a segunda, que é sobre a Justiça Restaurativa em sua pureza nas palavras de Howard Zehr, que por si só é inadequada para a realidade brasileira. A metodologia utilizada em toda a pesquisa foi a bibliográfica, perpassando por livros, artigos, resoluções e declarações de órgãos oficiais.

1. A POPULAÇÃO BRASILEIRA ENQUANTO SUBALTERNA

Tratar de subalternidade e novas formas de colonização no século XXI exige uma determinada sensibilidade por parte de quem está pesquisando para não haver interpretações diversas do que se pretende apresentar na pesquisa – por isso, antes de iniciar o capítulo efetivamente, faz-se necessário ressaltar algumas noções que devem ser ditas, afinal, o óbvio também deve ser dito. Primeiramente, é preciso destacar que quando se utiliza o termo colonização não é considerado, evidentemente, a mesma dinâmica de colonização que ocorria durante as grandes navegações, em que um país se apropriava de um espaço de terra, posteriormente denominado colônia, objetificando tudo o que nela havia – seres humanos, animais, recursos naturais, minerais, etc. A conceituação do que é a colonização na contemporaneidade será realizada ao longo do trabalho, a partir do entendimento que “o colonialismo estruturou o *passado* da América Latina” (MIGNOLO, 2020, p. 79). Quanto à subalternidade, também é claro que aqui não se expõe sobre o Brasil ser completamente dependente de um ou vários países, porém se trata de imposições de poderes, culturas, saberes entre outras questões. Assim, é preciso traçar um caminho para se chegar à compreensão sobre esses conceitos e como eles se relacionam com o Brasil hoje.

A colonização portuguesa é o acontecimento histórico que marca e inicia a história do Brasil, que, por ser um projeto de poder para expandir as atividades comerciais da monarquia portuguesa, utilizou de outras civilizações como meios para alcançarem seus objetivos. Boris Fausto (2019, p. 22) afirma que foi pertinente à maioria das classes sociais portuguesas da época que houvesse o processo colonizador, abrangendo a Coroa, os comerciantes, os nobres, o clero e o povo, que enxergou uma oportunidade de emigrar: “daí a expansão ter-se convertido em uma espécie de grande projeto nacional, ao qual todos, ou quase todos, aderiram e que atravessou os séculos” (FAUSTO, 2019, p. 22). As expectativas, portanto, eram altas, com apostas de basicamente todo o estrato social português para a construção de uma nova vida, uma nova sociedade, um projeto de dimensões jamais registradas anteriormente: “a colonização, redescobertos os motivos edênicos, seria uma

transmigração, festiva e aventureira, na descoberta do outro mundo e do mundo novo, calçado de promessas e ilusões” (FAORO, 2012, p. 107). É possível inferir que os colonizadores estavam dispostos a seguir com seus planos, independentemente do que fosse necessário.

O Brasil se tornou, pouco a pouco, um território de exploração e objetificação de corpos, e isso significa que ocorreram ações políticas que endossavam desde apropriações de terras, perpassando pela catequização dos nativos e, considerado o maior agravante da característica subalterna, séculos de escravidão, que foi o principal meio de concretização das demais políticas – “desde tempos imemoriais até muito recentemente, portanto, a captura, a venda e o cativo de gente foi parte da vida de quase todos os povos e sociedades. Essa triste realidade, infelizmente, ainda persiste nos dias de hoje sob outros disfarces” (GOMES, 2019, p. 27). Vale-se da ideia de que a eles (portugueses colonizadores) tudo pertencia, e nada do nativo ou do estrangeiro teria algum valor, havendo diversas tentativas (e a maioria delas obtiveram sucesso) de extinguir culturas, religiões, propriedades³ e corpos diferentes dos brancos europeus.

A fundamentação para as características supracitadas da colonização é muito mais complexa do que pela simples dominação e detenção de poder por parte das Coroas portuguesa e espanhola, que deram o início para a criação e efetivação de um novo circuito comercial. Foi preciso reavaliar as estruturas sociais da época para compreender o que se encaixava e o que poderia ser descartado para pôr em prática o novo projeto de poder; Mignolo, autor argentino, apresenta uma perspectiva de colonialidade *de baixo para cima*, que servirá de base para conceituar esta pesquisa: “ora, o começo de um novo circuito comercial, que seria a base da economia e do domínio ocidental, associa-se a uma rearticulação do imaginário racial e patriarcal, cujas consequências permanecem vivas até hoje” (MIGNOLO, 2020, p. 54).

É perceptível que não é possível tratar de colonização sem fazer os recortes de gênero e raça, porém, por questões de objetividade neste momento do trabalho, o recorte direcionado será do gênero dentro da(s) raça(s), visto que o movimento antirracista engloba a opressão de mulheres – que, por sua vez, são amparadas pelo feminismo negro – e pode ser feita uma analogia em alguns pontos cruciais para as mulheres indígenas. Angela Davis, ao realizar uma crítica ao movimento feminista branco, pontua o seguinte: “para as mulheres brancas – especialmente aquelas ligadas às classes capitalistas e médias – é possível alcançar seus objetivos particulares sem alcançar nenhum progresso evidente para suas irmãs racialmente oprimidas e da classe trabalhadora” (DAVIS, 2017, p. 27). Apesar da autora trabalhar com a realidade estadunidense, as problemáticas da escravidão e seus reflexos

³ Por óbvio, o conceito de propriedade dos nativos não é o mesmo que os colonizadores possuíam, mas, para melhor ilustrar a tomada de terras, esse foi o termo elencado neste trabalho.

na sociedade contemporânea, especialmente na questão criminológica, são muito semelhantes com a realidade brasileira, o que justifica importar essa crítica para a problematização da colonização no Brasil.

Um dos meios utilizados para a dominação foi descrito por Faoro (2012, p. 109-110) como o casamento inter-racial entre colonos e mulheres nativas, que, em um comboio de conveniências entre os soldados adquiriram terras após o casamento e para, de certa forma, suprir a falta de mulheres portuguesas que habitavam estas terras; “o grande problema era a tentativa de erguer um império sobre a ‘gente vil’, com alguma referência, evasiva, rápida, quase oculta sob a pele alva” (FAORO, 2012, p. 110). Importante destacar que os casamentos entre portugueses e nativos eram aceitos pela Igreja Católica, enquanto entre portugueses e africanos não, e isso se deve a um pensamento desenvolvido pelo imaginário cristão, predominante na época, que, baseado na história dos destinos dos três filhos de Noé⁴, compreendeu que enquanto os filhos amaldiçoados de Cam se perpetuaram no continente africano, os ameríndios seriam uma extensão dos descendentes de Jafé, como consequência por não haver um quarto continente.

Durante o século 16, quando a América foi concebida como tal não pela coroa espanhola mas por intelectuais do Norte (Itália e França – Mignolo, 1982; 1995a, Capítulo VI), ficava implícito que a América não era nem a terra de Sem (o Oriente) nem a terra de Cam (a África), mas a extensão de terra de Jafé. Não havia nenhuma outra razão senão a distribuição geopolítica do planeta implementada pelo mapa T/O cristão para perceber o planeta como sendo dividido em quatro continentes; e o único lugar para a “América” no mapa T/O cristão era o domínio de Jafé, isto é, o Oeste (Ocidente). (FAORO, 2012, p. 110)

Qual a importância, no entanto, de trazer à tona esse assunto para tratar do período colonial brasileiro? Acontece que “o Brasil foi o maior território escravista do hemisfério ocidental por quase três séculos e meio” (GOMES, 2019, p. 24), ou seja, recebeu por tempo significativo um número expressivo de população negra escravizada, sendo a consequência disso hoje o Brasil ocupar o segundo lugar maior população negra (aqui também são considerados pardos) ou de origem africana do mundo: “os afrodescendentes brasileiros, classificados nos censos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) como pretos e pardos, somam hoje 115 milhões de pessoas, número inferior apenas à população da Nigéria, de 190 milhões de habitantes” (GOMES, 2019, p. 24). Assim, o imaginário cristão foi

4 Conforme descrito na Bíblia, Noé, através de seus descendentes e após o dilúvio, foram designados por Deus para povoar a Terra novamente. Um tempo depois, ao beber uma garrafa de vinho, Noé se despiu e Cam o viu nu, o que motivou a amaldiçoar seus descendentes e determinando que estes sejam os servos dos servos de seus irmãos, Jafé e Sem (Gênesis 9).

determinante para que houvesse a inferiorização da população residida no território brasileiro – tanto as pessoas escravizadas traficadas do continente africano quanto a população atual.

É daí que parte a ideia de utilizar o sentido da colonialidade do poder (expressão de Mignolo) para demonstrar a necessidade de uma reformulação da Justiça Restaurativa no Brasil, adequada à situação brasileira: “meu entendimento da colonialidade do poder pressupõe a diferença colonial como sua condição de possibilidade e como aquilo que legitima a subalternização do conhecimento e a subjugação dos povos” (MIGNOLO, 2020, p. 40). Desse modo, compreende-se a população brasileira enquanto subalterna, sendo seus saberes – teorias, ciências, cultura – inferiorizados e ignorados pelos países dominantes no sistema mundial. Para tratar da Justiça Restaurativa em uma perspectiva decolonizada, no entanto, é preciso realizar um recorte no sistema penal brasileiro para compreender a problemática de sua aplicação em uma sociedade plural.

2. A NECESSIDADE DE DECONOLIZAR O SISTEMA PENAL

Estabelecer a decolonização como necessidade em uma sociedade pressupõe definir como as relações de colonidade se dão no Brasil. Primeiramente, é preciso afirmar que a decolonização não compreende negar tudo o que é estrangeiro, isso significaria negar toda a história de formação do brasileiro. Em contraponto, também é indispensável admitir que dialogar com as fases da colonização e imigração brasileiras está longe de não ser alvo de críticas, afinal, após anos de escravidão e apagamento de culturas em massa, houve a incessável tentativa de embranquecer o Brasil através das políticas de imigração, “em outras palavras, os responsáveis pela formulação de políticas usavam a eugenia para criar uma correlação entre o ingresso de imigrantes e mudança racial” (LESSER, 2015, p. 42).

Dessa forma, aqui a decolonização possui outro sentido em que Migolo traz como diferença colonial, que pode ser compreendida como “o espaço onde as histórias locais que estão inventando e implementando os projetos globais encontram aquelas histórias locais que os recebem; é o espaço onde os projetos globais são forçados a adaptar-se, integrar-se ou onde são adotados, rejeitados ou ignorados” (MIGNOLO, 2020, p. 10). Ao adaptar este conceito com o tema do artigo, uma proposta decolonizada da Justiça Restaurativa, entende-se como prioridade para estabelece-la trazer tanto o sistema penal quanto a própria Justiça Restaurativa como projetos globais que foram instaurados/implementados nas localidades brasileiras.

Referente ao sistema penal, utilizar-se-á nesta pesquisa o que diz Zaffaroni (2017), que categoriza os poderes mundiais em países centrais

e países marginais⁵, reconhece que para além do colonialismo existe a influência do neocolonialismo, proveniente das revoluções mercantil e industrial, e que “nestes dois momentos, a ideologia genocida foi justificada em razão de nossa ‘inquestionável inferioridade’, dentro de um ‘marco teórico’ teocrático no colonialismo [...] e de um ‘marco científico’ no neocolonialismo” (ZAFFARONI, 2017, p. 119). O genocídio citado pelo autor incide sobre toda a América Latina significa toda uma estrutura estigmatizante que se perpetuou no pensamento criminológico desta região: “é preciso entender que na América Latina quase todos os prisioneiros são tratados como *inimigos* no exercício real do poder punitivo” (ZAFFARONI, 2014, p. 82), sob o pretexto da luta de *malfeitores x cidadãos de bem* emergida na modernidade.

A definição da classe de *inimigos* na sociedade brasileira sempre foi clara; apesar da imigração em massa que ocorreu com pessoas de diversos países, as culturas e identidades étnicas eram diversas entre elas, e, ainda que pertencessem à um mesmo espaço geográfico, “as culturas étnicas também podiam diferir dependendo da nação de origem, do tamanho da população e da forma como as gerações nascidas no Brasil se engajavam na sociedade mais ampla” (LESSER, 2015, p. 126). Esta separação entre as características étnicas é de grande importância para firmar as políticas de contenção do *inimigo*, ou seja, como o Estado deverá agir para colocar em prática a continuidade do tratamento dos socialmente indesejáveis no início do século XX.

Qualquer tratamento discriminatório a um grupo requer sua rápida identificação. Os afro-americanos eram discriminados nos Estados Unidos, sendo-lhes reservado lugares especiais nos transportes. Isso não teria sido possível se eles não tivessem aquelas características étnicas, e sim outras, se para identifica-los, por exemplo, fosse necessário constatar uma mancha na epiderme do glúteo e, para isso, fosse preciso que o guarda inspecionasse o glúteo de cada passageiro. É óbvio que a discriminação no transporte não teria sido levada a cabo, porque o resto da população não teria tolerado o vexame, mesmo que tivessem aprovado a medida em relação aos discriminados. (ZAFFARONI, 2014, p. 117)

Assim, forma-se a base de todo o sistema penal brasileiro: colonialidade e segregação racial. Colonialidade, no sentido de que o direito, posto que obtenha a mesma legislação, não é validado de forma homogênea em todos os âmbitos sociais: “nas três últimas décadas, a

5 Países centrais correspondem aos países de primeiro mundo ou desenvolvidos, enquanto os marginais de terceiro mundo, subalternos ou subdesenvolvidos. Independentemente da nomenclatura utilizada, o sentido é o mesmo de projeção global em países rotulados como inferiores em relação aos demais.

investigação sobre o pluralismo jurídico chamou a nossa atenção para a existência de direitos locais nas zonas rurais, nos bairros urbanos marginais, nas igrejas, nas empresas, no desporto, nas organizações profissionais” (SANTOS, 2011, p. 206). Enquanto à segregação, seus resultados não se concentram somente no âmbito da exclusão (o que já é problemático por si só), mas vai além e anula a humanidade de uma classe relevante de indivíduos, retirando-os direitos fundamentais e, em casos recorrentes, até a vida; “trata-se de uma questão de percepção do sistema penal. É claro que assumimos expressamente uma valoração em nossa percepção: *percebemos o sistema penal em termos de seu altíssimo custo de vidas humanas*” (ZAFFARONI, 2017, p. 156). Ocorre, portanto, uma redução do indivíduo frente ao Estado, e esta “diminuição do indivíduo estigmatizado deve ser entendida como mecanismo de sustentação de poder, visto que o sujeito é diminuído de seu valor até o ponto de ele mesmo ver-se como tal e ser facilmente manipulado” (SILVA; ÁVILA, 2015, p. 217-240).

A decolonização importa, portanto, para refletir no cenário brasileiro o que foi imposto por projetos de poder globais e o que é, de fato, fruto dos resultados da brasilidade, e esta diferenciação deve ser realizada a partir do horizonte de uma realidade subalterna. “Em outras palavras, *somente se pode transcender a diferença colonial da perspectiva da subalternidade*” (MIGNOLO, 2020, p. 73-74). As etapas para essa reflexão e posterior reconhecimento das problemáticas que aqui ocorrem e são amparadas pelo poder do Estado, iniciam-se com a verificação de que o sistema penal não é legitimado pela Constituição, o que significa que eles não poderiam coexistir em um mesmo ordenamento jurídico amparado pelo Estado Democrático de Direito. “Responder à deslegitimação do sistema penal significa encontrar *uma resposta que contribua para diminuir a violência atual, quebrando sua curva ascendente*” (ZAFFARONI, 2017, p. 155). Obviamente, não é possível em uma só pesquisa apontar todos os problemas ou apresentar todas as propostas para um sistema penal que é deslegitimado.

É daí que surge a necessidade de se trazer a decolonização para apresentar a Justiça Restaurativa: caso contrário, se aceita a ideia de que o sistema penal brasileiro é semelhante ao dos países centrais, não havia a relevância de reformulação. “Portanto, a fim de elaborar uma lei penal em uma base minimamente realista, é necessário começar por se situar na conjuntura global e regional, como um passo indispensável para tentar uma aproximação do que seria necessário nesta circunstância” (ZAFFARONI, 2021, p. 21). Assim, a Justiça Restaurativa, adaptada e coerente com a sociedade brasileira, assumindo as problemáticas resultantes da colonialidade e segregação racial e social que ocorreu em toda a sua história, poderá auxiliar a população que

está inserida no sistema penal (seja como vítima ou ofensora), respeitando a sua premissa original.

3. POR FIM, A BRASILIDADE: UMA PROPOSTA DE JUSTIÇA RESTAURATIVA À BRASILEIRA

Para construir este capítulo, parte-se do entendimento de que a Justiça Restaurativa, enquanto projeto global, está suscetível a modificações e alterações quando aplicada em realidades diferentes da que foi criada, fato que é chamado por Mignolo de diferença colonial, definida como “o espaço onde as histórias locais que estão inventando e implementando os projetos globais encontram aquelas histórias locais que os recebem; é o espaço onde os projetos globais são obrigados a adaptar-se, integrar-se ou onde são adotados, rejeitados ou ignorados” (MIGNOLO, 2020, p. 10). O próprio Howard Zehr assumiu que elaborou a Justiça Restaurativa em conformidade com a sua própria realidade: “escrevi este livro no contexto da América do Norte. A terminologia, as questões levantadas, e o mesmo o modo como o conceito foi formulado refletem em certa medida as realidades do meu ambiente” (ZEHR, 2015, p. 16). Assim, para uma análise mais honesta de uma proposta de Justiça Restaurativa à brasileira, é feita uma verificação da Resolução 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça e a sua (não) fidelidade às premissas originais elaboradas por Howard Zehr. A Resolução 225/2016 foi elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça em razão às recomendações da Organização das Nações Unidas contidas nas Resoluções 1999/26, 2000/14 e 2002/12. Inicia-se, portanto, pelo art. 1º, que traz o seguinte:

Art. 1º A Justiça Restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflito e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado na seguinte forma: [...] (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016)

A Justiça Restaurativa, ao contrário do que se estabelece na resolução, não deve possuir métodos, técnicas ou atividades próprias e específicas, ou seja, “não existe um modelo puro que possa ser visto como ideal ou passível de implementação imediata em qualquer comunidade” (ZEHR, 2015, p. 23). Há a necessidade de considerar duas afirmativas: o Brasil é um país extenso, com múltiplas culturas e características sociais diversas, o que significa que uma resolução uniforme não funcionará em todas as localidades, fazendo-se importante o “reconhecimento dessas pluralidades, longe de colidir com a

ideia da centralidade do direito estatal, do poder estatal e do conhecimento científico nas sociedades contemporâneas” (SANTOS, 2011, p. 262), ou seja, é preciso ao mesmo tempo dar a devida importância às peculiaridades de cada caso e região a serem avaliados, mas sem olvidar dos princípios jurídicos que norteiam a Justiça Restaurativa; outra consideração é que “todos os modelos estão, em alguma medida, atrelados à cultura. Portanto a Justiça Restaurativa deve ser construída de baixo para cima, pelas comunidades, através do diálogo sobre suas necessidades e recursos, aplicando os princípios às situações que lhes são próprias” (ZEHR, 2015, p. 23). Assim, o CNJ estabelecer regras de cima para baixo não surtirá os efeitos desejados com a aplicação da Justiça Restaurativa.

O inciso I traz a seguinte redação:

I – é necessária a participação do ofensor, e, quando houver, da vítima, bem como, das suas famílias e dos demais envolvidos no fato danoso, com a presença dos representantes da comunidade direta ou indiretamente atingida pelo fato e de um ou mais facilitadores restaurativos. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016)

Realmente, faz parte do círculo restaurativo a participação da vítima-ofensor-comunidade, porém, ao contrário do estipulado, não é necessária a participação do ofensor e tampouco para ele que é voltada a Justiça Restaurativa. O fato desse inciso trazer o texto dessa maneira, com ênfase na figura do ofensor, apenas reitera a já mencionada problemática do sistema penal brasileiro: “seleciona, estigmatiza e atua de forma verticalizada, atingindo a esmo algumas pessoas, contribuindo assim para o fenômeno da criminalização de determinados grupos vulneráveis ao sistema sancionador” (SILVA FILHO, 2012, p. 33-57). Contudo, não é possível que a presença indispensável seja a do ofensor, visto que “na esteira do crime, as necessidades das vítimas são o ponto inicial da justiça restaurativa” (ZEHR, 2008, p. 204). As vítimas possuem carências após o acontecimento dos crimes que não são supridas pelo processo penal, isso porque esse não é o objetivo do processo penal, o que justifica o encaixe de uma Justiça Restaurativa bem estruturada no ordenamento jurídico brasileiro: “as vítimas precisam encontrar respostas para suas dúvidas sobre o que aconteceu, por que aconteceu e o que está sendo feito a respeito” (ZEHR, 2008, p. 198). Apesar da necessidade de haver uma reestruturação do tratamento do Estado para com o indivíduo infrator, não é mudando o foco da Justiça Restaurativa que estes problemas serão resolvidos.

É óbvio que o ofensor também possui necessidades a serem trabalhadas e que isso é englobado pela Justiça Restaurativa, pois “o movimento de Justiça Restaurativa começou como um esforço de repensar as necessidades que

o crime gera e os papéis inerentes ao ato lesivo” (ZEHR, 2015, p. 27). No entanto, considerando que em um processo penal toma o papel da vítima e se legitima nesta posição através de seus órgãos públicos (o que é o correto a se fazer), assume-se que o ato do crime em si possui protagonismo demais em um Estado Democrático de Direito que deve proteger o interesse de todos, inclusive do ofensor, e é por isso que “os defensores da Justiça Restaurativa examinaram as necessidades que não estavam sendo atendidas pelo processo penal corrente” (ZEHR, 2015, p. 27). Quando o protagonismo da Justiça Restaurativa se volta para a vítima, no entanto, o foco sobre o crime é alterado e passa a ser sobre o dano causado e as consequências que o ato causou sobre a vida da vítima, do ofensor e da comunidade, e o resultado disso é a ampliação do rol dos amparados por esse novo modelo de justiça, não englobando somente vítimas de crimes violentos. Isso acontece pois “o crime é devastador porque perturba dois pressupostos fundamentais sobre os quais calcamos nossa vida: a crença de que o mundo é um lugar ordenado e dotado de significado, e a crença na autonomia pessoal” (ZEHR, 2008, p. 32).

Sendo assim, a participação do ofensor deve ser observada como uma forma de permitir que os envolvidos (vítima, ofensor e comunidade) consigam compreender todos os fatores que orbitaram em torno do crime, e esta forma de observar a integração dele nos processos de Justiça Restaurativa é benéfica ainda que não haja efetivamente um acordo ou conciliação. Dessa forma, vítima e ofensor alteram a natureza da sua raiva, que deixa de ser sobre uma abstração e passa (ZEHR, 2008, p. 192) a ser sobre uma pessoa concreta, o que pode ser considerado um progresso. A presença de integrantes da comunidade nos processos de Justiça Restaurativa, por sua vez, importa para suprir as demandas faltantes tanto pelo lado da vítima, quanto pela perspectiva do ofensor, visto que por vezes e por diversos motivos não é possível que ocorra a participação destes, como em casos em que o ofensor não é identificado ou a vítima não concorda em participar das sessões. A justificativa para que não seja indispensável a presença de uma das partes é que “uma quase justiça é melhor do que nenhuma justiça e ajuda no processo de cura” (ZEHR, 2008, p. 193). Com isso, o inciso I do art. 1º da Resolução 225/2016 do CNJ também não condiz com a premissa original da Justiça Restaurativa.

Relativo ao inciso II, a Resolução 225/2016 do CNJ apresenta o seguinte texto:

II – as práticas restaurativas serão coordenadas por facilitadores restaurativos capacitados em técnicas autocompositivas e consensuais de solução de conflitos próprias da Justiça Restaurativa, podendo ser servidor do tribunal, agente público, voluntário ou indicado por entidades parceiras. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016)

Primeiramente, em consonância com o conteúdo mencionado em outro momento do trabalho, a Justiça Restaurativa não é uma mediação, ou seja, profissionais especializados em técnicas autocompositivas e consensuais de solução de conflitos baseado na mediação tradicional aplicada pelos tribunais não é o método mais adequado, inclusive porque a “linguagem neutra da mediação pode induzir ao erro, e chega a ser um insulto em certas situações” (ZEHR, 2015, p. 22). Em relatório coordenado por Vera Andrade para o Conselho Nacional de Justiça, após realizar pesquisa empírica sobre a aplicação da Justiça Restaurativa na realidade brasileira no ano de 2016, a coordenadora pontuou que “supõe-se que existem muitas práticas que, oferecidas com o nome de Justiça Restaurativa, operacionalizem ações conciliatórias ou de mediação que não satisfazem às exigências mínimas que caracterizam a Justiça Restaurativa” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 20). Ou seja, além de inadequada ainda não é aplicada de forma correta.

Outro tópico de discussão é a figura do coordenador. Iniciando pelo fato de que a definição de quem deve coordenar os processos restaurativos é extremamente vaga, o que dá margem para que profissionais que não tenham a qualificação adequada realizem as sessões de Justiça Restaurativa. Esta problemática, ao mais leve toque da realidade, traz consequências negativas, inclusive para a proteção efetiva dos direitos fundamentais. Um exemplo disso é a inserção da Constelação Familiar (teoria desenvolvida na Alemanha para resolução de conflitos) no âmbito da Justiça Restaurativa, fato amparado em âmbito acadêmico⁶ e judiciário (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017), mas apesar disso é repudiada pelo Conselho Federal de Psicologia (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2023), o que significa um despreparo escancarado pelos agentes dos tribunais em aplicar a Justiça Restaurativa. Evidencia-se a necessidade, portanto, da necessidade de equipes multidisciplinares da área da saúde (principalmente psicologia e terapia ocupacional), educação (para alinhar os procedimentos pedagógicos) e direito, inclusive se houver precisão de eventuais encaminhamentos dos indivíduos para outras instituições, que haja a cessão de informações de forma correta.

Por fim, para encerrar a análise de uma parte da Resolução 265/2016, far-se-á uma reflexão acerca do §2º do art. 1º:

§2º - A aplicação do procedimento restaurativo pode ocorrer de forma alternativa ou concorrente com o processo convencional, devendo suas implicações ser consideradas, caso a caso, à luz do correspondente sistema processual e objetivando sempre as melhores soluções para as partes envolvidas e comunidade. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016)

6 Em uma breve pesquisa no indexador “Google Scholar” pelos termos “Justiça Restaurativa e Constelação Familiar” é possível encontrar número considerável de artigos endossando esta prática no ordenamento jurídico brasileiro, o que significa aceitação por parte da comunidade acadêmica da área do direito.

O procedimento restaurativo não deve ser realizado de forma alternativa ao processo penal convencional, visto que ao mesmo tempo em que “o objetivo básico de nosso processo penal é a determinação da culpa e, uma vez estabelecida, a administração da dor” (ZEHR, 2008, p. 82), a Justiça Restaurativa, por outro lado, “procura oferecer um maior equilíbrio na maneira como vivenciamos a justiça” (ZEHR, 2015, p. 26). Estas afirmações partem da divisão público x privada inserida na dimensão do crime, ou seja, os procedimentos do processo penal convencional são pertencentes à uma esfera pública, cabendo ao Estado, através dos órgãos públicos do judiciário (incluindo o Ministério Público) conceber os trâmites necessários para a resolução dos problemas em conformidade com a legislação penal vigente. Na esfera privada, ficam as consequências das relações vítima-ofensor-comunidade, que é do que se trata a Justiça Restaurativa, problema agora reconhecido como sendo necessário de amparo também do Estado. Porém, isso não significa que um surgiu para substituir o outro, havendo uma relação de complementação das carências de cada um. Reanalisar a lei brasileira em uma ótica decolonizadora é, portanto, um passo imprescindível no ramo das garantias penais do cidadão.

CONCLUSÃO

A proposta de Justiça Restaurativa à brasileira, portanto, emerge de uma necessidade de reanálise do sistema já estruturado para que haja efetivação na proteção dos direitos fundamentais da vítima, ofensor e comunidade, a partir das necessidades que não são (nem devem ser) abrangidas pelo processo penal, mas que é reflexo e consequência do sistema penal. Essa complexidade faz com que emergja a importância de se tratar da reparação de danos causados pelos crimes, na medida do possível.

O sistema sancionador brasileiro é falho e inconcebível em face dos direitos humanos, e a Justiça Restaurativa se apresenta como uma luz para que ao menos parte desses problemas possam ser resolvidos aos moldes do Estado Democrático de Direito promulgado constitucionalmente. Importa frisar também que este novo tópico não deve ser veiculado pelo Ministério Público ou Sistema Judiciário, como já tem sido feito, mas sim como uma medida extrapenal de aporte às necessidades de indivíduos envolvidos em um crime, em uma tentativa de retirar o caráter inquisitivo que pode haver.

O desvelar das necessidades da vítima que ocorreu por meio da teoria da Justiça Restaurativa elaborada por Howard Zehr é parte importantíssima do processo de efetivação dos direitos fundamentais, sendo necessário para curar uma das dores que o sistema penal brasileiro sofre. Há o entendimento de

que a Justiça Restaurativa, sozinha, não conseguirá suprir todas as demandas emergidas pelas problemáticas do sistema penal brasileiro, no entanto, sabe-se que ao menos uma proteção maior à vítima e a procura do entendimento do dano pelo ofensor é um avanço frente ao atraso em que a sociedade brasileira enquanto país de modernidade tardia se encontra. A reanálise da Resolução 225/2016 do CNJ ocorre para que, ao toque da realidade, seja sabido o que se deve fazer em relação às problemáticas, fugindo da intenção de uma pesquisa dogmática.

Por fim, faz-se importante ressaltar que este artigo é somente uma parte de uma discussão muito maior e mais profunda, sendo um brevíário de um assunto a ser tratado em dissertação que está em andamento no programa de mestrado em direito com ênfase em constitucionalismo da Faculdade de Direito do Sul de Minas. A Justiça Restaurativa no sul de Minas Gerais é pouco comentada, e quando ocorre, de forma distorcida, evidenciando a importância desta discussão na referida instituição.

REFERÊNCIAS

- CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Nota técnica CFP nº 1/2023*. Visa a orientar psicólogas e psicólogos sobre a prática da Constelação Familiar, também denominada Constelações Familiares Sistêmicas. Disponível em: https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2023/03/Nota-Tecnica_Constelacao-familiar-03-03-23.pdf. Acesso em 14 abr 2023.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça restaurativa e constelações familiares avançam no Paraná. *Jusbrasil*, 2017. Disponível em: <https://cnj.jusbrasil.com.br/noticias/454407778/justica-restaurativa-e-constelacoes-familiares-avancam-no-parana>. Acesso em 14 abr 2023.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do poder judiciário*. Coordenação: Prof^a. Doutora Vera Regina Pereira de Andrade. Brasília, DF: 2016.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução 225, de 31 de maio de 2016*. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf. Acesso em 13 abr 2023.
- DAVIS, Angela. *Mulheres, cultura e política* [recurso eletrônico]. Tradução Heci Regina Candiani. – 1 ed. – São Paulo: Boitempo, 2017.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. – 5. ed. – São Paulo: Globo, 2012.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. Colaboração de Sérgio Fausto. – 14 ed. ampl. e atual., 3 reimp. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2019.

GOMES, Laurentino. *Escravidão: do primeiro leilão de cativos em Portugal até a morte de Zumbi dos Palmares*, volume 1. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019.

LESSER, Jeffrey. *A invenção da brasilidade: identidade nacional, etnicidade e políticas de imigração*. Tradução de Patricia de Queiroz Carvalho Zimbres. – 1. ed. – São Paulo: Editora Unesp, 2015.

MIGNOLO, Walter D. *Histórias locais/projetos globais: colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar*. Tradução de Solange Ribeiro de Oliveira. 1. ed. rev. – Belo Horizonte: Editora UFMG, 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. – 8. ed. – São Paulo: Cortez, 2011.

SILVA, Ariane Floriano da; ÁVILA, Gustavo Noronha de. O estigma do jovem morador da periferia: um “rolezinho” criminológico sobre preconceito. *Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 31, n. 1: 217-240, jan./jun. 2015.

SILVA FILHO, Edson Vieira da. *Minimalismo penal: uma reflexão crítica a partir de Eugenio Raúl Zaffaroni “Em busca das penas perdidas”*. In: _____. O direito penal e suas faces: da modernidade ao neoconstitucionalismo.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito penal humano & poder no século XXI*. Tradutor Rodrigo Murad do Prado. 1.ed. – São Paulo: Tirant lo Blach, 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. – Rio de Janeiro: Revan, 1991, 5ª edição, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal*. Editora Revan, Rio de Janeiro. 2014.

ZEHR, Howard. *Justiça restaurativa*. Tradução Tônia Van Acker. – São Paulo: Palas Athena, 2015.

Marcela Modesto Fermino
Edson Vieira da Silva Filho

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo*.
Tradução de Tônia Van Acker. – São Paulo: Palas Athena, 2008.

Recebido em: 28/12/2022
Aprovado em: 05/09/2023

NÃO RECEPÇÃO DAS ALÍNEAS “A” E “B” DO INCISO II DO ARTIGO 47 DO CTN PELA CF/88 E SEUS EFEITOS NA SEGURANÇA JURÍDICA E NA DEMOCRACIA FISCAL

NON-RECEPTION OF PARAGRAPHS “A” AND “B” OF SUBPARAGRAPH II OF SECTION 47 OF THE BRAZILIAN TAX CODE BY THE BRAZILIAN FEDERAL CONSTITUTION OF 1988 AND ITS EFFECTS ON LEGAL SECURITY AND TAX DEMOCRACY

*Mariana Barboza Baeta Neves Matsushita¹
Felipe Chiarello de Souza²*

- ¹ Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico (Mestrado e Doutorado) e Coordenadora de Educação Continuada da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie-UPM - São Paulo/SP; Doutora e Mestre pela PUC/SP; DEA - Diploma de Estudios Avanzados pela Universidad de Barcelona - España; Posgrado en Derecho Tributario Internacional - Universidad de Barcelona - España; MILE - *Master in International Law and Economics - World Trade Institut - Bern Universität - Switzerland*; Advogada.
- ² Mestrado e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pró-Reitor de Pesquisa e Pós-Graduação e Professor Titular da Faculdade de Direito e do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor colaborador do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF). Advogado.

SUMARIO: Introdução. 1. A materialidade do imposto sobre produtos industrializados. 2. A necessária correlação entre base de cálculo e a materialidade dos tributos. 3. Não recepção no direito constitucional brasileiro; 4. Não recepção das alíneas “a” e “b” do inciso II do artigo 47 do CTN pela CF/88 e seus efeitos no princípio da segurança jurídica e na democracia fiscal. Conclusão. Referências

RESUMO: o presente artigo tem por objeto a análise sobre a não recepção das alíneas “a” e “b” do inciso II do artigo 47 do Código Tributário Nacional pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Para tanto, apresentou-se, no primeiro tópico, um breve introito histórico do IPI e as principais características constitucionais deste tributo, com fins a evidenciar a sua materialidade delineada no texto constitucional. No segundo tópico, viu-se como é fundamental que a base de cálculo dos tributos, no sistema tributário brasileiro, deve guardar relação lógica com o critério material da regra-matriz de incidência, sob pena de desvirtuar-se a higidez do direito tributário pátrio. No terceiro tópico, escrutinou-se acerca do fenômeno principiológico da não recepção, oportunidade na qual apresentou-se como a doutrina nacional encara tal instituto e qual o tratamento adotado pelo STF em casos afeitos ao tema. Por fim, no quarto tópico, realizou-se uma análise sobre a não recepção das alíneas “a” e “b” do inciso II do artigo 47 do Código Tributário Nacional pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com fundamento, sobretudo, na necessária correlação entre materialidade do IPI e a base de cálculo. Conclui-se que a manutenção destes dispositivos no texto constitucional implica grave violação ao sobreprincípio da segurança jurídica e, em última instância, à democracia-fiscal.

PALAVRAS-CHAVE: IPI. Materialidade-tributária. Limites-Jurídicos. Princípio da Não-recepção. Princípio da Segurança-Jurídica. Democracia-Fiscal.

ABSTRACT: the object of this article is to analyze the non-receipt of lines “a” and “b” of item II of Article 47 of the National Tax Code by the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. To this end, in the first topic, a brief historical introduction of the IPI and the main constitutional characteristics of this tax were presented, in order to highlight its materiality outlined in the constitutional text. In the second topic, we saw how fundamental it is that the tax calculation basis, in the Brazilian tax system, must keep a logical relationship with the material

criterion of the tax base rule, under penalty of distorting the hygiene of the Brazilian tax law. In the third topic, it was scrutinized about the principle phenomenon of non-reception, an opportunity in which it was presented how the national doctrine views such institute and what is the treatment adopted by the STF in cases related to the theme. Finally, in the fourth topic, we analyzed the non-receipt of lines “a” and “b” of subsections II of article 47 of the National Tax Code by the 1988 Brazilian Constitution, based especially on the necessary correlation between the IPI’s materiality and the tax base. We conclude that the maintenance of these provisions in the constitutional text implies a serious violation of the over-principle of legal security and, ultimately, of tax democracy.

KEYWORDS: IPI. Tax materiality. Legal Limits. Non-receipt Principle. Principle of Juridical- Security. Fiscal-Democracy.

INTRODUÇÃO

O tema da não recepção de dispositivos pretéritos à promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) já foi bastante discutido em sede de direito constitucional, razão pela qual a doutrina constitucionalista já dedicou especial atenção sobre a temática. Entretanto, o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a natureza da não recepção e os seus efeitos já foi pacificado, ensejando a aparente consolidação do tema no imaginário jurídico nacional.

Ora, em que pese o aspecto puramente constitucional do fenômeno da não recepção já tenha se sedimentado de certa forma, é imprescindível o questionamento, por parte da academia, sobre quais dispositivos do direito pretérito foram ou não recepcionados pelo texto constitucional.

Em relação especificamente ao direito tributário, verifica-se que o § 5º do artigo 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) foi expresso em assegurar a aplicação da legislação tributária anterior à promulgação da CF/88, desde que compatível com o novo sistema tributário nacional erigido no texto constitucional.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre alguns aspectos do CTN que foram ou não recepcionados pela CF/88. A título de exemplo: Recurso Extraordinário 460.320/PR, cujo teor discutia a recepção ou não dos artigos 97 e 98 do CTN (BRASIL, 2020). Entretanto, a base de cálculo do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) ainda não foi analisada pelo STF de forma específica – apenas de forma incidental, como no caso do RE 602.917/RS.

Veja-se que a discussão sobre a recepção ou não de dispositivos do CTN pela CF/88 é tema que merece profunda discussão acadêmica e reflexão

teórica, porquanto assume importante papel na delimitação do poder-dever de tributar do Estado, bem como delinea os limites jurídicos do poder econômico.

O presente artigo, portanto, tem exatamente a finalidade de analisar se as alíneas “a” e “b” do inciso II do artigo 47 do CTN, que tratam exatamente da base de cálculo do IPI, foram recepcionadas pela CF/88. Para tanto, no primeiro tópico, fez-se um breve apanhado histórico e normativo da materialidade do IPI, com vistas a indicar quais elementos previstos no texto constitucional constroem a regra-matriz de incidência do IPI.

No segundo tópico analisa-se a necessária correlação entre a materialidade dos tributos e a respectiva base de cálculo, oportunidade na qual demonstra-se como a legislação infraconstitucional deve ser ater aos ditames específicos da CF/88.

No terceiro tópico aborda-se o fenômeno da não recepção de legislação pretérita pelo texto constitucional, à luz da doutrina constitucionalista e de decisões do STF. Aqui, a referência à discussão constitucional é fundamental para verificar quais os efeitos da não recepção e quais os critérios para tanto.

Por fim, no quarto capítulo, verifica-se se as alíneas “a” e “b” do inciso II do artigo 47 do CTN foram recepcionadas pela CF/88, considerando as noções delineadas nos tópicos anteriores.

1. A MATERIALIDADE DO IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS

O presente tópico busca identificar os principais aspectos relevantes da materialidade do IPI. Para tanto, realizou-se uma breve introdução histórica, demonstrando que a origem deste tributo está diretamente relacionada com o Imposto de Consumo. Ainda, trouxe-se as disposições constitucionais específicas do IPI na CF/88 e apontou-se a sua regra-matriz de incidência.

A origem do IPI remonta ao antigo Imposto de Consumo, previsto no artigo 15, inciso II, da Constituição de 1946. A Lei nº 4.502/1964 veio a regulamentar o referido tributo, trazendo os principais aspectos da sua regra-matriz de incidência. Logo no primeiro artigo do diploma normativo, verifica-se que a incidência do Imposto de Consumo somente ocorreria nas operações envolvendo produtos industrializados, desde que constantes em tabela anexa à legislação, aspecto a demonstrar a nítida relação entre a origem do IPI e o Imposto de Consumo.

A Emenda Constitucional nº 18/1965 à Constituição de 1946 reformulou o texto constitucional sobre matéria tributária, de forma a fazer constar na Carta previsão sobre o “sistema tributário nacional” e criando diversos dispositivos, dentre os quais o artigo 11, cujo teor determinava que “Compete à União o impôsto sôbre produtos industrializados”. Ora, a relação entre ambos os tributos é relevante na medida em que diversas

disposições normativas aplicáveis ao IPI estão previstas na legislação que delineava os contornos materiais do Imposto de Consumo. A título de exemplo, as disposições da citada Lei nº 4.502/1964, quando compatíveis com o CTN e a CF/88, são aplicáveis ao IPI.

Neste espírito de modernizar o arcabouço tributário brasileiro, o CTN foi editado para dirimir questões técnicas sobre os tributos criados pela Emenda Constitucional nº 18 de 1965. Com a edição da Constituição de 1967, com alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969, a tributação sobre produtos industrializados se consolidou no texto constitucional, conforme determinação expressa do inciso V do artigo 22.

Feito este breve introito histórico, cumpre destacar que o IPI está previsto no artigo 153, inciso IV, CF/88. De acordo com o texto constitucional, se trata de um imposto de competência da União, e deverá, nos termos do § 3º do artigo 153 da CF/88, (i) ser seletivo, em função da essencialidade dos produtos; (ii) ser não-cumulativo, de forma a se compensar o que for devido nas operações com o imposto recolhido nas operações anteriores da cadeia, não incidirá sobre; (iii) não incidir sobre os produtos industrializados exportados; e (iv) ter seu impacto reduzido sobre a compra de bens de capital pelos contribuintes do mesmo imposto.

Conforme ressalta Regina Helena Costa (2021, p. 120), o IPI atualmente tem nítido caráter extrafiscal, porquanto possui regime jurídico específico para os princípios da anterioridade e da legalidade. Paulo de Barros Carvalho (2018, p. 714) corrobora a noção extrafiscal do IPI ao afirmar que “este imposto adquiriu papel peculiar na implementação de um Sistema Tributário Nacional eficaz junto a uma política comercial favorável”, isto é, o IPI assumiu importante função indutora na economia brasileira, mormente a possibilidade de alteração das suas alíquotas por meio de decreto e inaplicabilidade da anterioridade anual ao referido tributo (§ 1º do artigo 150 da CF/88).

O texto constitucional fixou a materialidade do IPI de forma bastante ampla, outorgando à legislação infraconstitucional o dever de estabelecer os critérios materiais da sua regra-matriz de incidência, desde que respeitados os limites impostos pela CF/88 (CARVALHO, 2018, p. 708-709). Segundo Regina Helena Costa (2021, p. 121), o CTN trouxe três materialidades do IPI, a saber: (i) desembaraçar produtos industrializados de origem estrangeira, (ii) realizar operação com produto industrializado, e (iii) arrematar produto industrializado apreendido ou abandonado. Especificamente sobre a segunda hipótese de materialidade (operação com produto industrializado), a autora ressalta que

Tal hipótese de incidência aponta a materialidade típica do IPI. Saliente-se que o conceito de industrialização, nesse contexto, é meramente acessório, visto que o importante é o conceito *de produto industrializado*, objeto da operação (art. 46, parágrafo único, CTN). Não é a industrialização

que se sujeita à tributação, mas *o resultado desse processo*. Confirma esse entendimento a dicção do art. 153,

§ 3.º, II (“compensando-se o que for devido em cada operação...”). Portanto, o conceito determinante para a identificação do aspecto material do IPI é o *de produto industrializado*. Embora a incidência em foco seja diversa da pertinente à importação de produto industrializado estrangeiro, o STJ concluiu que os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil (...)” (COSTA, 2021, p. 121).

Paulo de Barros Carvalho (2018, pp. 708-709) milita no mesmo sentido: “O legislador da União, ao fazer uso da competência que lhe foi adjudicada, toma o ponto de referência – produto industrializado – construindo, em seu derredor, três faixas de incidência”.

Observa-se que o ponto central da incidência do IPI gira em torno da noção de “produto industrializado”. Conforme previsão expressa do artigo 46 do CTN, a acepção deste conceito deve ser entendida como “o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo”.

Em síntese, o IPI incidirá sempre nas saídas de produto industrializado, na importação de produto industrializado e nas arrematações de produtos industrializados. Importante destacar, em relação especificamente à primeira materialidade do tributo, que a saída do produto industrializado deve ser precedida por uma etapa de industrialização. Assim, quando um mero revendedor adquire e revende um produto industrializado, sem ter procedido a qualquer alteração “que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo”, não incidirá na hipótese do IPI, porquanto ausente o elemento central da materialidade: a industrialização.

Naturalmente, o IPI possui enorme regulamentação administrativa no âmbito do Poder Executivo (Decreto nº 7.212/2010 – RIPI), o que torna a sua compreensão assaz complexa. Neste sentido, Paulo de Barros Carvalho (2018, p. 721) afirma que a Tabela de Incidência do IPI (TIPI) assume papel de destaque na regra-matriz de incidência do imposto, fato a evidenciar a sua natureza *sui generis*.

Assim, de acordo com Paulo de Barros Carvalho (2018, pp. 708-710), no antecedente da regra-matriz de incidência, temos que o critério material da regra-matriz de incidência do IPI consiste na aquisição interna, importação ou arrematação de produto industrializado, o critério temporal é o momento da aquisição, importação ou arrematação, e o critério espacial é o local em que se deu uma das materialidades acima descritas.

No conseqüente da regra-matriz de incidência, verifica-se que o sujeito ativo é a União e o sujeito passivo é o contribuinte que deu saída ao produto industrializado. Por fim, o critério quantitativo é composto pela alíquota, que varia de acordo com o produto, conforme disposição da TIPI, e pela base de cálculo que, nos termos do inciso II do artigo 47 do CTN, será o valor da operação ou o valor da mercadoria no mercado atacadista da praça (CARVALHO, 2018, pp. 711-713).

2. A NECESSÁRIA CORRELAÇÃO ENTRE BASE DE CÁLCULO E A MATERIALIDADE DOS TRIBUTOS

A CF/88, ao repartir as competências entre os entes federados, elencou as materialidades de cada tributo, impondo limites à legislação infraconstitucional. Os ditames constitucionais, neste contexto, devem seguir de base fundamental para a criação das regras que suportarão a incidência tributária. É dizer, nas palavras de Roque Antônio Carrazza (2001, p. 781), “que a Lei Fundamental Tributária não é o Código Tributário Nacional. A Lei Fundamental Tributária é a própria Constituição da República”.

Nesse ponto, a doutrina é bastante sedimentada ao afirmar que a base de cálculo do tributo deve representar a quantificação matemática do aspecto material da hipótese de incidência tributária, sendo imprescindível uma necessária relação lógica entre o *quantum* calculado do tributo e a efetiva ocorrência do fato imponible na realidade fenomênica. Ora, não poderia a legislação infraconstitucional esgarçar soberbamente a materialidade do imposto prevista constitucionalmente, para incluir valores estranhos à hipótese de incidência na base de cálculo dos tributos. Não fosse assim, os tributos perderiam sua natureza ontológica e o legislador infraconstitucional poderia, ao arremio da CF/88, instituir bases de cálculo que não guardam qualquer relação com o núcleo material da hipótese de incidência.

Conforme ressalta Geraldo Ataliba (2018, pp. 111-112), a base imponible (base de cálculo) deve representar o aspecto quantitativo do aspecto material da hipótese de incidência, sob pena de, caso contrário, desnaturar a incidência tributária. O autor da como exemplo a impossibilidade de um tributo sobre o patrimônio ter como base de cálculo a renda do titular do bem, porquanto tal situação representaria uma tributação sobre a renda, e não sobre o patrimônio.

É importante ressaltar que, da leitura da CF/88, percebe-se que o constituinte, ao tratar da repartição de competências tributárias, traçou os elementos basilares dos fatos geradores de tributação. No texto constitucional, há uma clara distinção entre os núcleos materiais das hipóteses de incidências dos tributos previstos: tributa-se o acréscimo patrimonial, a prestação de serviço, as operações com mercadorias, a receita/faturamento, produto industrializado e demais fatos signos presuntivos de riqueza, de maneira que

o constituinte definiu, objetivamente, os limites semânticos da atuação do legislador infraconstitucional, para a instituição de tributos e a determinação das respectivas bases de cálculo.

Diante deste cenário, não pode a legislação determinar como base de cálculo de um tributo fato econômico que não guarda relação com o aspecto material da hipótese de incidência prevista no texto constitucional. Isto porque o ordenamento jurídico é, na lição kelseniana, hierarquizado (KELSEN, 2015, pp. 246-247). As normas constitucionais estabelecem mandamentos normativos que devem ser observados pelas normas infraconstitucionais. Neste contexto, é natural que a interpretação das normas infraconstitucionais seja pautada pelo texto constitucional, e não o contrário. É dizer, a Constituição é o guia hermenêutico do ordenamento jurídico. Esta hermenêutica encontra respaldo na citação acima de Roque Antônio Carrazza: a lei fundamental tributária é, naturalmente, a CF/88.

Kelsen estabelece que o ordenamento jurídico é escalonado e, no maior escalão, encontra-se a Constituição. É através dela que as demais normas jurídicas ganham validade e, portanto, é por meio da Constituição que devemos interpretar as normas infraconstitucionais. Vale dizer, a validade das leis repousa no respeito ao procedimento legislativo, que está previsto em outra norma hierarquicamente superior. Assim, “A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação” (KELSEN, 2015, pp. 246-247). Neste sistema normativo, a norma que detém os procedimentos para a produção legislativa é superior à norma produzida, razão pela qual o ordenamento jurídico é um sistema de normas ordenadas em planos diferentes, situadas em posição hierárquica, e não uma construção planificada, na qual as normas se encontrariam todas no mesmo nível. Portanto, a validade de uma norma sempre estará na norma hierarquicamente superior, até chegarmos ao nível máximo, onde estará repousada a Constituição. Segundo Kelsen:

Se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão do Direito positivo mais elevado. A Constituição é aqui entendida num sentido material, quer dizer: com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais (KELSEN, 2015, pp. 246-247).

Por esta razão, não pode o legislador infraconstitucional incluir certos signos na base de cálculo que não estão previstos constitucionalmente, sob pena de desnaturar o aspecto material da hipótese de incidência do referido tributo.

No direito tributário, Luís Eduardo Schoueri (2018, p. 562) reforça esta noção, asseverando que há uma “relação de inerência” entre base de cálculo e materialidade dos tributos. O autor ressalta a necessária correlação entre ambos os critérios da regra-matriz de incidência, na medida em que o critério material deve representar, essencialmente, o critério material. Segundo o autor, “Não é exagerada, daí, a afirmação de que a base de cálculo quantifica a própria hipótese tributária”. Ou seja, constituída a materialidade do tributo, a base de cálculo deverá servir como representação quantitativa do critério material.

Para evidenciar a questão, traz-se exemplo extraído da obra de Roque Antônio Carrazza (2020, pp. 98-99), que, ao falar sobre a base de cálculo do ICMS, afirma que a garantia do contribuinte de um sistema tributário racional reside na necessária correlação entre o valor submetido à tributação e o aspecto material da hipótese de incidência. Ora, o respeito à CF/88 passa necessariamente pela observância da semântica constitucional, de tal sorte que é exigida uma natural relação “lógica entre a base de cálculo e a hipótese de incidência do tributo”. Afinal, conforme exaustivamente demonstrado, a base de cálculo é o critério efetivo para evidenciar “a identificação do aspecto material da hipótese de incidência”. O autor ressalta que a utilização de base de cálculo não relacionada ao critério material sabota a estrutura rígida da repartição de competências tributárias entre os entes federados, uma vez que “transforma o tributo numa entidade difusa, desajustada de seu arquétipo constitucional”. É dizer, o desrespeito da relação lógica entre base de cálculo e critério material, além de violar a razoabilidade a proporcionalidade, faz com que o contribuinte tenha sua garantia, concedida pela CF/88, de somente ser submetido a incidências tributárias que guardem relação com fenômenos econômicos por ele levados a efeito. Roque Antônio Carrazza encerra sua exposição afirmando:

Incumbe, pois, à base de cálculo especificar, em termos matemáticos, a hipótese de incidência do tributo. Assim, se a hipótese de incidência do tributo for “vender mercadoria”, sua base de cálculo somente poderá ser o “valor da venda realizada”. Tudo o que fugir disso (v.g. o custo do dinheiro necessário à obtenção deste valor) não estará medindo de modo adequado o fato tributário, e no momento da apuração do *quantum* debeat *fará* com que o contribuinte pague além da conta – circunstância que lhe vulnera o direito de propriedade.” (CARRAZZA, 2020, pp. 98-99)

Viu-se, neste tópico, que o sistema tributário nacional impõe a necessidade de correlação entre base de cálculo de critério material da hipótese de incidência dos tributos. Sem essa necessária correlação, a incidência tributária se fragilizaria e violaria os direitos fundamentais dos contribuintes,

porquanto imporia restrições patrimoniais não relacionadas ao cometimento de fatos geradores.

Por estas razões, a base de cálculo deve representar matematicamente o aspecto material tributário previsto no texto constitucional.

3. NÃO RECEPÇÃO NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

O aparecimento de uma Constituição cria um novo ordenamento jurídico, que terá, no texto constitucional, seu fundamento positivo de validade (KELSEN, 2015, pp. 245-247). O sistema normativo anterior à consagração da nova Constituição deixa de existir e passa a vigorar um novo ordenamento jurídico. Naturalmente, considerando a complexidade das sociedades contemporâneas, o constituinte se vale de textos normativos pretéritos para formar o novo arcabouço jurídico, de forma que, à luz da nova Constituição, refunda aqueles textos antigos sob a égide do novo ordenamento (TAVARES, 2015, p. 276).

A CF/88 se valeu deste expediente para compor o atual sistema tributário brasileiro, quando, no § 5º do artigo 34 do ADCT, determinou que “fica assegurada a aplicação da legislação anterior, no que não seja incompatível com ele (sistema tributário nacional)”.

Noutro giro, quando o texto normativo pretérito não é compatível com a Constituição, ocorre o fenômeno da não recepção, isto é, aquele texto antigo deixa de existir dentro do ordenamento jurídico. A doutrina de direito constitucional muito se questionou acerca da natureza da não recepção, de forma que, resumidamente, existem três linhas de pensamento, a saber: (i) a não recepção trata-se de uma questão de constitucionalidade das normas pretéritas;

(ii) a não recepção trata-se de uma questão de que lei posterior revoga lei anterior; e (iii) a não recepção trata-se de uma questão de que a norma pretérita deixa de existir no novo ordenamento. Como atesta a redação deste capítulo, o presente texto parte da terceira linha doutrinária.

Ora, não se trata de uma discussão sobre constitucionalidade da legislação pretérita porquanto é absolutamente irracional se realizar um controle de constitucionalidade sobre uma legislação que não foi editada sob a égide do texto constitucional. Era outro ordenamento, outro momento histórico, outra perspectiva jurídica, o que afasta a possibilidade de, dentro dos parâmetros constitucional, realizar uma mensuração de se o novo texto respeita ou não a Constituição.

Também não se trata de uma discussão sobre a revogabilidade de lei anterior por lei posterior, na medida em que não há continuidade no

ordenamento jurídico pretérito à nova Constituição. É dizer, não se trata de duas normas inseridas num mesmo ordenamento, pois a norma não recepcionada sequer chegou a existir após a promulgação do novo texto constitucional.

André Ramos Tavares (2015, p. 280) reforça essa noção ao afirmar que, por um lado, aceitar a noção de que leis pré-constitucionais possam ser submetidas ao controle de constitucionalidade implica a aceitação da existência de “dois regimes distintos de inconstitucionalidade, um para as normas anteriores e outro para as normas posteriores à Constituição-parâmetro”. Por outro lado, ressalta que não existe um conflito de leis no tempo a ser solucionada pelos princípios do direito intertemporal (lei posterior revoga lei anterior), eis que a lei pretérita ao texto constitucional não existe à luz do novo ordenamento jurídico erigido pela Constituição (TAVARES, 2015, p. 276).

André Ramos Tavares (2015, pp. 280-281) caminha justamente pela teoria existencial das normas, considerando que no momento da promulgação de uma nova Constituição ocorre o fenômeno da novação da legislação pretérita, desde que compatível com o texto constitucional. A problemática é solucionada pela regra da conformidade: as leis anteriores compatíveis com a nova Constituição passam a existir dentro do ordenamento jurídico; já as leis anteriores incompatíveis com a nova Constituição não existem dentro daquele novo ordenamento jurídico. De acordo com André Ramos Tavares:

Ou, em outros termos, há uma avaliação das normas anteriores de acordo com os requisitos de validade da nova Constituição. Se desconformes, simplesmente se desconsidera sua existência. São reputadas, para todos os efeitos, como não normas. Vale, no caso, em toda a sua intensidade, o princípio de que a Constituição inaugura uma nova ordem jurídica e a anterior simplesmente desaparece, como tal, ou seja, é desconstituída como fenômeno jurídico (remanescendo apenas como acontecimento histórico) (TAVARES, 2015, pp. 280-281).

Entretanto, conforme apontam Paulo Branco e Gilmar Mendes (2018, p. 1173), o STF adota a teoria de que se trata de direito intertemporal. Segundo afirmam Branco e Mendes, o STF, ao analisar a não recepção de norma pré-constitucional à Constituição de 1967/1969, adotou o entendimento de que o novo texto constitucional revogou as normas pretéritas com ele incompatíveis. No mesmo sentido, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2, o STF manteve a postura tradicional, ainda que ressalvada a incorreção da tese pelo Ministro Sepúlveda Pertence. André Ramos Tavares (2015, pp. 281) também destaca a posição do STF, ressaltando, no entanto, o equívoco técnico cometido pela Corte Constitucional.

Sobre os traços gerais da teoria da recepção, Alexandre de Moraes aduz que “consiste no acolhimento que uma nova constituição posta em vigor dá às leis e atos normativos editados sob a égide da Carta anterior, desde que compatíveis consigo” (2022, p. 740).

A questão assume contornos práticos quando posta em contraponto ao controle de constitucionalidade: se a não recepção das normas pretéritas ao texto constitucional não é tema de inconstitucionalidade, como o presente texto defende e como o próprio STF, ainda que em outros termos, também defende, sua solução não será levada a efeito em controle concentrado de constitucionalidade.

Neste diapasão, pela jurisprudência brasileira e pela doutrina ora defendida, a análise do fenômeno da não recepção é questão não atinente à justiça constitucional tradicional, ou seja, não é afeita ao controle de constitucionalidade concentrado, razão pela qual o STF não pode se manifestar sobre o tema em sede de controle. Nestes termos, a Corte Constitucional ressaltou, na já mencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2, que “A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as”.

É dizer, a não recepção é tema sedimentado na jurisprudência do STF, em que pese existam divergências doutrinárias bem delineadas e que, atualmente, repousam em uma discordância estática.

4. NÃO RECEPÇÃO DAS ALÍNEAS “A” E “B” DO INCISO II DO ARTIGO 47 DO CTN PELA CF/88 E SEUS EFEITOS NA SEGURANÇA JURÍDICA E NA DEMOCRACIA FISCAL

Apresentados os conceitos fundamentais em torno do IPI, da necessária correlação entre base de cálculo e do fenômeno da não recepção, o presente texto aborda especificamente o tema da não recepção das alíneas “a” e “b” do inciso II do artigo 47 do CTN pela CF/88.

Em que pese o CTN traga como base de cálculo do IPI nas operações internas com mercadorias industrializadas o “valor da operação”, nos termos da alínea “a” do inciso II do seu artigo 47, ou, na falta deste, o preço da mercadoria na praça do remetente, estes trechos não foram recepcionados pela CF/88, porquanto não guardam qualquer relação com o aspecto material da hipótese de incidência tributária do referido imposto prevista no texto constitucional.

Com efeito, conforme supramencionado, a dicção do texto constitucional determina que o IPI será devido sobre “produtos industrializados”, de maneira que o aspecto material do referido tributo consiste nos fenômenos envolvendo produtos industrializados. Ora, “valor da operação” ou “preço da mercadoria na praça do remetente” possuem um sentido mais abrangente do que aquele

previsto constitucionalmente em relação à industrialização, porquanto ambas as alcunhas são compostas por montantes não industrializados. Isto porque, no primeiro caso (“valor da operação”), o ICMS está embutido neste *quantum* e, como se sabe, não se industrializa ICMS. Vale dizer, em operações entre contribuintes do tributo estadual, o IPI não integrará a base de cálculo do ICMS, mas a recíproca não é verdadeira de acordo com a atual jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (BRASIL, 2022). Ou seja, pela redação do CTN, que coloca o “valor da operação” como base imponible do IPI, referido tributo incidirá sobre valores representativos de objetos que jamais foram ou poderiam ser industrializados. No mesmo sentido, o “preço da mercadoria na praça do remetente” também abrange valores que não são passíveis de industrialização. A título de exemplo traz-se novamente o ICMS, que naturalmente compõe o preço das mercadorias.

Vale lembrar que a CF/88 não prevê que o IPI incidirá sobre “operações relativas à circulação” de produtos industrializados, mas sim, sobre “produtos industrializados”, de maneira que não há o emprego do vernáculo “operações”, para designar o aspecto material da hipótese de incidência do IPI, diferentemente do que ocorre com o ICMS, em que o texto constitucional, no inciso II do art. 155, prevê expressamente que se trata de imposto que incidirá sobre “operações relativas à circulação de mercadorias (...)”. Considerando a necessária correlação entre o critério material da hipótese de incidência e a base de cálculo, verifica-se a não compatibilização das alíneas “a” e “b” do inciso II do artigo 47 do CTN, porquanto valores representativos de fenômenos não industrializáveis não podem ser considerados como base tributável de um imposto cuja materialidade consiste, justamente, na ocorrência de fenômenos envolvendo produtos industrializados. É dizer, os dispositivos não respeitaram este limite semântico imposto pela CF/88, definindo a base de cálculo do IPI em completa dissonância com o texto constitucional.

Toma-se como exemplo, além do já citado ICMS, os valores de frete e seguro: ambos não guardam qualquer relação com o fenômeno da industrialização, de forma que são completamente estranhos ao aspecto material da hipótese de incidência do IPI. Embora a jurisprudência do STF³ e do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF)⁴ tenha excluído os montantes relativos ao frete e ao seguro por uma questão de inconstitucionalidade formal, tendo em vista que foi uma lei ordinária (Lei nº 7.798/1989) que incluiu tais exações na base tributável do IPI, fato é que na hipótese de superada a referida inconstitucionalidade, a não recepção material seria evidente, na exata medida em que não se pode tributar

3 Vide Recurso Extraordinário nº 567.935/SC, julgado em 04 de novembro de 2014 e Recurso Extraordinário nº 926.064, julgado em 02 de março de 2016.

4 Vide acórdão nº 9303-009.690 (processo nº 13629.721048/2014-23, julgado 27 de setembro de 2017, pela 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária do CARF.

frete ou seguro. Mais especificamente, no Recurso Extraordinário nº 567.935/SC, o STF discutiu exclusivamente a possibilidade de a legislação ordinária estabelecer a base de cálculo do IPI, indo além da base tributável insculpida no CTN. Após realizar um longo arrazoado sobre a função da lei complementar, nos termos do artigo 146 da CF/88, o Ministro Relator firmou entendimento no sentido de que a lei ordinária que incluiu os descontos incondicionados na base de cálculo do IPI invadiu a competência de lei complementar, razão pela qual reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 15 da Lei nº 7.798/1989. Já o Recurso Extraordinário nº 926.064 apenas replicou a tese firmada no precedente supramencionado para, sob o fundamento de inconstitucionalidade formal, retirar o valor do frete e do seguro da base de cálculo do IPI.

Nos valendo de lição de Carlos Maximiliano (2017, p. 228), “*verba cum effectu, sunt accipienda*”, isto é, não se presumem, na lei, palavras inúteis, de modo que não se pode ignorar as palavras utilizadas pelo constituinte. Vale dizer, se o texto constitucional criou uma diferença entre o aspecto material do IPI e do ICMS, o fez por alguma razão, razão pela qual é atentatório à racionalidade do sistema tributário nacional a conclusão de que ambos os tributos podem ter a mesma base de cálculo.

A não recepção relativa a dispositivos do CTN que disciplinam o IPI já foi objeto, inclusive, de outras provocações científicas, como por exemplo o artigo “A materialidade do IPI elencada na Constituição Federal: a não recepção do artigo 46 do Código Tributário Nacional pela Carta Magna” de Michelle Cristina Bispo e Bruno Romano (2021, pp. 137-151), bem como o artigo “A não incidência do IPI-importação sobre o imposto de importação (II), taxas e encargos cambiais : não recepção das alíneas a, b e c, do inciso I, do art. 47 do CTN”, de Ricardo Nussrala Haddad (2020, pp. 197-215), os quais debatem exatamente a ausência de compatibilidade entre a materialidade do IPI e os valores elígidos como base de cálculo pelo CTN.

Vê-se, portanto, que a temática está longe de ser pacífica na doutrina e na jurisprudência. Para além da questão técnica, a discussão sobre a não recepção de dispositivos do CTN incompatíveis com o texto constitucional representa problemática bastante importante no debate sobre os limites constitucionais do poder de tributar e como a academia pode auxiliar na modelação e modernização do sistema tributário nacional. Ora, o reconhecimento de que parte do CTN está em descompasso com a CF/88 é fundamental para assegurar os direitos fundamentais dos contribuintes.

A manutenção de dispositivo do CTN incompatível com a CF/88 gera efeitos perversos na confiança dos contribuintes e afeta diretamente a segurança que os contribuintes sentem no sistema tributário. Segundo César García Novoa (2000, p. 42), a seguridade jurídica consiste na própria expressão de normatividade do direito. É dizer, há violação à segurança

jurídica quando se nega disposição expressa de texto normativo. Sobre este aspecto,

El derecho a la seguridad jurídica, en tanto es un derecho que deriva de un principio constitucional, recae sobre el Derecho mismo; es el derecho a un Derecho seguro, cuyo objeto es, por tanto, la propia normatividad. Objeto que constituye una realidad cuyo perfil jurídico es más patente que el que puede tener cualquier otro derecho. Esta diferencia del derecho a la seguridad jurídica respecto a los derechos fundamentales atendiendo a su contenido esencial supone que, siendo en ambos casos tal contenido esencial un límite a la potestad normativa, tal límite operará en la seguridad jurídica de forma diferente a los demás derechos (NOVOA, 2000, p. 42).

Mutatis mutandis, a manutenção da eficácia de dispositivo não recepcionado pela CF/88 ataca, exatamente, o princípio da segurança jurídica, porquanto nega vigência à determinação constitucional de que as normas com ela não compatíveis não foram recepcionadas. Isto porque a segurança jurídica não se limita aos dispositivos constitucionais que asseguram o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, consistindo, na verdade, num sobreprincípio, que, devido ao seu alto grau de carga valorativa, permeia todo o ordenamento jurídico (MATSUSHITA, 2018, pp. 26-27).

Os efeitos desta manutenção influenciam diretamente os direitos fundamentais dos contribuintes, porquanto há manifesta violação aos preceitos tributários que limitam o poder de tributar.

Considerando que a democracia fiscal consiste na possibilidade de controle, por parte da população, dos atos da administração tributária, a ocorrência destas formas de violação violam, em última instância, a ideia mesmo de democracia fiscal. Nesta ordem de ideias, o interesse fiscal deve ser um interesse coletivo a serviço da comunidade, e não o interesse público secundário, que visa a arrecadar tributos (MATSUSHITA, 2013, pp. 187-202). É neste contexto que devemos repensar a forma de atuação das autoridades fiscais na interpretação de regras tributárias.

Afinal, a própria ideia de justiça no direito tributário está atrelada intrinsecamente com a segurança, como forma de propiciar uma tributação que respeite os ditames do Estado Democrático de Direito (RIBEIRO, 2012, p. 618).

Em que pese a noção de democracia fiscal tenha sido atrelada, nos últimos tempos, à ideia de publicidade das informações de gastos públicos e destinação dos recursos obtidos por meio da arrecadação tributária, é fundamental resgatar que “democracia” não deve ser somente acesso às informações, mas deve implicar uma garantia de uma tributação

eficiente e não contraditória, isto é, que respeite os limites constitucionais. Naturalmente, as autoridades fiscais pouco têm a oferecer se não forem provocadas pela população para a correção de entendimentos equivocados. A discussão, ainda, não foi objeto de grandes debates jurídicos no âmbito do Poder Judiciário, motivo pelo qual a efetiva “democracia fiscal” deverá levar a juízo esta discussão para que haja uma maturação do sistema tributário nacional e um necessário debate sobre os limites da recepção do CTN pela CF/88.

CONCLUSÃO

Em síntese, o presente texto buscou evidenciar como a materialidade constitucional dos tributos é elemento fundamental para mensurar os limites semânticos impostos à legislação infraconstitucional no momento da delimitação da base impositiva tributária. Neste contexto, em relação especificamente ao tema do artigo, verificou-se que as alíneas “a” e “b” do inciso II do artigo 47 do CTN não foram recepcionadas pela CF/88.

Ora, conforme apresentado no primeiro tópico, a materialidade do IPI gira em torno da noção de “produtos industrializados”, conforme determinado pelo inciso IV do artigo 153 da CF/88. Viu-se que os critérios da regra-matriz de incidência, à exceção do disposto nos dispositivos não recepcionados do CTN, orbitam essa ideia essencial de “produtos industrializados” .

No segundo tópico, abordou-se exatamente a necessidade de relação entre a materialidade dos tributos e a sua base de cálculo. Demonstrou-se, com base na doutrina escrutinada, como o estabelecimento de uma base impositiva que não guarde relação lógica com o aspecto material do tributo implica uma desvirtuação do sistema tributário e mina as garantias constitucionais dos contribuintes.

No terceiro tópico, buscou-se apresentar os principais aspectos do fenômeno da não recepção, apontando as importantes características deste instituto de direito constitucional. Apresentou-se as diferentes formas de interpretação da não recepção e a consequência da adoção de cada uma. Por fim, apontou-se que o STF possui entendimento firme de que a não recepção deve ser resolvida por meio do direito intertemporal, isto é, com base na noção de que lei posterior revoga lei anterior.

Por fim, no quarto tópico, observou-se que a materialidade do IPI prevista no texto constitucional não permite que as alíneas “a” e “b” do inciso II do artigo 47 do CTN sejam recepcionadas. Isto porque, à luz da CF/88, o IPI incidirá sobre produtos industrializados a incidência deste tributo sobre exações que não representem objetos passíveis de industrialização consiste numa deformação do sistema tributário nacional e, conforme apontado no tópico dois, solapa garantias fundamentais dos contribuintes.

Na oportunidade, viu-se também as graves violações à democracia fiscal e ao princípio da segurança jurídica.

Neste contexto, a tese inicial do artigo (não recepção das alíneas “a” e “b” do inciso II do artigo 47 do CTN pela CF/88) restou devidamente comprovada, à luz do entendimento jurisprudencial e doutrinário sobre a materialidade do IPI e a necessária correlação entre a base de cálculo prevista na legislação infraconstitucional e o arquétipo constitucional dos tributos.

Ora, a manutenção da produção de efeitos de um dispositivo que afronta diretamente um mandamento constitucional promove uma série de distorções nas relações jurídico-tributárias, em especial na segurança jurídica, levando a sociedade a não ter certeza sobre quais são os efetivos limites ao poder de tributar. Vale dizer, considerando que o IPI tem como nervo central de sua materialidade a aceção de “produto industrializado”, o imposto não pode incidir em elementos econômicos que não sejam produtos ou não tenham sido industrializados, sob pena de franca violação ao texto constitucional.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 209.

BISPO, Michelle Cristina; ROMANO, Bruno. A materialidade do IPI elencada na Constituição Federal: a não recepção do artigo 46 do Código Tributário Nacional pela Carta Magna. *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*, Belo Horizonte, ano 19, n. 114, p. 137- 151, nov./dez. 2021.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 1638.

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (3ª Turma). *Recurso Especial nº 13629.721048/2014-23*. [...] É firme a jurisprudência do STF (aplicando o mesmo entendimento do RE nº 567.935/SC, julgado com repercussão geral, para os descontos incondicionais) no sentido de que o frete não poderia compor a base de cálculo do IPI, o que levou inclusive à edição da Nota PGFN/CRJ/Nº 623/2017, propondo a dispensa de recorrer também no caso das contestações quanto à inclusão desta parcela pela mesma Lei nº 7.798/89, por ser matéria reservada à lei complementar, conforme art. 146, III, “a”, da Constituição Federal, estabelecendo o CTN, em seu art. 47, II, “a”, que a base de cálculo do imposto é o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria. Relator: Rodrigo da Costa Possas. Data de julgamento: 17 de outubro de 2019. Disponível em: <<https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>>. Acesso em: 05 set. 2022.

BRASIL. *Lei 5.172, 25 out. 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 27 out. 1966. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 05 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). *Recurso Extraordinário nº 926.064*. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. Tributário. IPI. Base de cálculo. Inclusão do valor do frete do produto. Artigo 15 da lei nº 7.798/1989. Inconstitucionalidade formal. Reserva de lei complementar. Controvérsia abarcada pelo tema nº 84 da Repercussão Geral. RE 567.935. Agravo regimental desprovido. Relator: Ministro Luiz Fux. Data do Julgamento: 02 de março de 2016. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur340964/false>>. Acesso em: 05 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 567.935/SC*. Imposto sobre produtos industrializados – valores de descontos incondicionais – base de cálculo – inclusão – artigo 15 da lei nº 7.798/89 – inconstitucionalidade formal – lei complementar – exigibilidade. Viola o artigo 146, inciso III, alínea “a”, da Carta Federal norma ordinária segundo a qual não de ser incluídos, na base de cálculo do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, os valores relativos a descontos incondicionais concedidos quando das operações de saída de produtos, prevalecendo o disposto na alínea “a” do inciso II do artigo 47 do Código Tributário Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data de Julgamento: 04 de novembro de 2014. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur283065/false>>. Acesso em: 05 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 602.917/RJ*. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 324. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. CÁLCULO. ESTABELECIMENTO DE VALORES PRÉ-FIXADOS (“PAUTAS FISCAIS”). RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. INEXISTÊNCIA. CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 3º DA LEI ORDINÁRIA 7.798/1989 [...] Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20602917%22&base=acordao&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 11 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 460.320/PR*. Recursos extraordinários. Direito Tributário. Convenção entre o

Brasil e a Suécia para Evitar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre a Renda (Decreto nº 77.053/76). Imposto de renda retido na fonte. Isenção. Dividendos distribuídos por empresas nacionais sediadas no Brasil a sociedade da Suécia residente naquele país. Empate no julgamento do apelo extremo interposto pela União. Proclamação de solução contrária à pretendida pela recorrente (art. 146 do RISTF [...]) Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20460320%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 11 abr. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (3ª Turma). *Apelação Cível nº 5002530- 91.2019.4.03.6114*. Tributário. ICMS. Legitimidade da inclusão na base de cálculo do IPI. 1. A base de cálculo do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI devido na saída de mercadorias é o valor da operação, ou, à falta deste, o seu preço corrente (art. 47, II, do CTN). 2. De acordo com o art. 190, § 1º, do Decreto 7.212/2010, que regulamenta a cobrança, fiscalização, arrecadação e administração do IPI, o valor total da operação de que decorrer a saída do estabelecimento industrial ou equiparado a industrial compreende o preço do produto, acrescido do valor do frete e das demais despesas acessórias, cobradas ou debitadas pelo contribuinte ao comprador ou destinatário. 3. Tendo em vista que o ICMS é um imposto indireto, calculado “por dentro”, a parcela relativa a esse tributo está incluída nesse montante e, por conseguinte, deve integrar a base de cálculo do IPI, inexistindo fundamento legal ou constitucional que permita qualquer conclusão em sentido diverso. [...]. Relator: Desembargador Federal Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshita. Data de Julgamento: 15 de setembro de 2022. Disponível em: <<https://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>>. Acesso em: 05. Set. 2022.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 888.

CARRAZZA, Roque Antônio. *ICMS*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 712.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. 7. ed. São Paulo: Noeses, 2018. p. 1025.

COSTA, Regina Helena. *Código Tributário Nacional comentado em sua moldura constitucional*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021. p. 488.

HADDAD, Ricardo Nussrala. A não incidência do IPI-importação sobre o imposto de importação (II), taxas e encargos cambiais: não recepção das alíneas

a, b e c, do inciso I, do art. 47 do CTN. *Revista de Direito Tributário Contemporâneo*, São Paulo, n.27, p. 197-215, nov./dez. 2020.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 448.

MATSUSHITA, Mariana Barboza Baeta Neves. *(In) segurança jurídica tributária sob o prisma da teoria dos jogos: uma análise com base nos ensinamentos de John Nash e Gregório Robles*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018. 189 p. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito.

MATSUSHITA, Mariana Barboza Baeta Neves. *Das medidas para Legalização da Transação Tributária como Solução Amistosa de Conflitos entre o Fisco e o Contribuinte*. Pensamento jurídico, São Paulo, ano 2, n. 3, p. 187-201, jan./jun. 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017. p. 392.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 38. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2022. E- book. ISBN 9786559771868. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771868/>. Acesso em: 31 ago. 2023.

NOVOA, César García. *El Principio de Seguridad Jurídica en materia tributaria*. 1. ed. Barcelona: Marcial Pons, 2000. p. 304.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A tributação no Estado Social e Democrático de Direito*, in LUCCA, Newton de; MEYER-PLFUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barboza Baeta (Coord.). *Direito Constitucional Contemporâneo – homenagem ao Professor Michel Temer*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 615-625.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 958.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1151.

Recebido em: 30/03/2023
Aprovado em: 26/10/2023

CONTRIBUIÇÕES DA CIÊNCIA LOGOSÓFICA PARA O ACESSO À JUSTIÇA

CONTRIBUTIONS OF LOGOSOPHICAL SCIENCE TO ACCESS TO JUSTICE

Maurício da Cunha Savino Filó¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. Aspectos do direito humano e fundamental de acesso à justiça. 2. A Ciência Logosófica e suas contribuições para outras ciências. 3 A Ciência Logosófica e a convivência humana. Conclusão. Referências.

¹ Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal de Santa Catarina (2018). Leciona desde agosto de 2011, na Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Advogado.

RESUMO: O artigo tem por objetivo refletir sobre contribuições de conhecimentos logosóficos para a análise de conflitos humanos. O problema de pesquisa encontra-se na pergunta: a Ciência Logosófica pode fornecer contribuições para o acesso à justiça? O artigo é dividido em três seções. A primeira trata de aspectos do direito humano e fundamental do acesso à justiça. A segunda apresenta a Ciência Logosófica e seu aspecto interdisciplinar. A terceira verifica contribuições da Ciência Logosófica para o acesso à justiça. Utiliza-se o método dedutivo de abordagem e o método de procedimento monográfico. O artigo conseguiu verificar o aspecto interdisciplinar da Logosofia, o que já é uma realidade nas Ciências Humanas, Médicas e Sociais Aplicadas. Conclui-se, em linhas gerais, que a Ciência Logosófica pode contribuir para a prevenção e resolução de conflitos, notadamente, pelas formas consensuais.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à Justiça. Autocomposição. Conflito. Ética Logosófica. Ciência Logosófica.

ABSTRACT: The article aims to reflect on contributions of logosophical knowledge to the analysis of human conflicts. The research problem lies in the question: can Logosophical Science provide contributions to access to justice? The article is divided into three sections. The first deals with aspects of the human and fundamental right of access to justice. The second presents the Logosophical Science and its interdisciplinary aspect. The third verifies the contributions of Logosophical Science to access to justice. The deductive method of approach and the method of monographic procedure are used. The article managed to verify the interdisciplinary aspect of Logosophy, which is already a reality in Human, Medical and Applied Social Sciences. It is concluded, in general terms, that the Logosophical Science can contribute to the prevention and resolution of conflicts, notably, through consensual forms.

KEYWORDS: Access to Justice. Self-Composition. Conflict. Logosophical Ethics. Logosophical Science.

INTRODUÇÃO

O acesso à justiça se tornou um dos temas de maior interesse no mundo jurídico, constituindo-se, nas palavras de Igreja e Rampin (2021), num diálogo inacabado. Conforme se compreende com as autoras, o dogmatismo jurídico veda espaços para outros entendimentos e possibilidades explicativas, desconsiderando a pluralidade de sentidos de justiça e de direitos, impedindo novas proposições teóricas.

A estratégia eurocêntrica de descarte, desconsideração e até ridicularização das produções artísticas, culturais e intelectuais de origem latino-americanas, amplamente denunciadas por Santos (2007) e Wolkmer (2015), devem ser combatidas. Nesse processo de luta, sugerido pelos autores percebe-se a necessidade² de verificar e analisar os problemas das construções jus-políticas modernas e defender que não existe uma epistemologia geral.

Nesse sentido, novas possibilidades explicativas e interdisciplinares sobre a resolução de conflitos podem transcender ao paradigma do pensamento Europeu que, conforme Martins, Dantas e Nogueira (2017), impôs um modelo hegemônico de mundo, ainda presente nas culturas jurídicas latino-americanas, notadamente na produção e validação do conhecimento.

Conforme Spengler e Spengler (F. M.; F. A. M., 2018) romper paradigmas na ciência não é uma tarefa singela, é um caminho longo e delicado. Porém, como explicam os autores, a mudança surge pela necessidade, como se verificou na experiência das ciências médicas ocorrida no ano de 1847, em Viena, e como está se verificando pelas novas políticas públicas de tratamento de conflitos por meio da mediação.

Perante esse panorama, o presente artigo tem por tema e inspiração a concepção de ética, apresentada pela Logosofia, ciência criada por Raumsol, em 1930.

A Ciência Logosófica, genuinamente latino-americana, não utiliza fontes estrangeiras, apresentando conhecimentos que, se praticados, se propõe a alcançar melhoramentos em aspectos de sua vida, como o psicológico, moral, familiar, social e econômico (GONZÁLEZ PECOTCHE, 2017).

O Método Logosófico é testado e praticado por milhares de pessoas, há mais de 90 anos, em diversas instituições de ensino, pesquisa e extensão, localizadas em vários países, incluindo Austrália, China, Israel, Estados Unidos e Europa³. Pode-se dizer que, pela primeira vez, um conhecimento originariamente latino-americano é buscado por pessoas da América do Norte e da Europa.

2 Nesse sentido, Subirats (2004) defende que é absolutamente necessário proporcionar o exercício de uma imaginação crítica e utópica, fora dos paradigmas adotados.

3 Sobre essas informações, conferir em: https://logosofia.org.br/conteudos/congresso-pedagogia-logosofica/?gclid=Cj0KCQiAgaGgBhC8ARIsAAAYlFfKu_UKNxOC5a0UnpaOAoiP97MuRKl08A9pdfN0uyMWCnQsXNlg36kaArKJJEALw_wcB e <https://logosophy.info/pt/sedes-culturais/>

Sendo assim, o objetivo geral é refletir sobre contribuições de conhecimentos logosóficos para a análise de conflitos humanos. Sem a pretensão de esgotar todo o tema nesse artigo, o problema de pesquisa encontra-se na pergunta: a Ciência Logosófica pode fornecer contribuições para o acesso à justiça?

Os objetivos específicos encontram-se em três seções. A primeira tratará aspectos do direito humano e fundamental do acesso à justiça. A segunda seção apresentará a Ciência Logosófica e seu aspecto interdisciplinar. A terceira seção pretende verificar contribuições da Ciência Logosófica para o acesso à justiça. Serão utilizados o método dedutivo de abordagem e o método de procedimento monográfico.

1. ASPECTOS DO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

Conforme Kuhn (2013), a modificação de paradigmas, em campos científicos como o Direito, possui sua *raison d'être* em necessidades sociais. A partir de então, o cientista deve, mesmo que a contragosto, buscar elementos que se encontram além das usuais regras adotadas pela academia (KUHN, 2013).

No Brasil, a notória desconfiança de que a jurisdição estatal poderá resolver conflitos, ao longo de uma ação judicial, é alimentada por longas esperas de atos processuais, que parecem se arrastar, até a chegada de uma decisão definitiva e integral de mérito.

Além da distância entre cidadãos, ritos e linguagem, existem ainda outros fatores que desconectam o aparelho judicial do sistema político e social, como a inadequação das decisões vertidas, que não contemplam a complexidade dos conflitos e a impossibilidade de seu cumprimento (SPENGLER, F.M; SPENGLER, F. A.M., 2018).

Em razão do congestionamento de ações no Poder Judiciário, Spengler (2019) ressalta que o direito humano e fundamental ao acesso à justiça não se encontra ao alcance de todos, frustrando a concretização de *novos* direitos e a resolução de conflitos mais complexos⁴.

Por isso, em todo o mundo, a concretização do direito humano e fundamental de acesso à justiça tem ocupado inúmeros juristas e autoridades públicas. Entretanto, no Brasil, esse direito, reconhecido como instrumento democrático e de concretização de direitos humanos, revelou-se mutável ao longo da história, até o surgimento da Constituição de 1988 (SPENGLER; BEDIN, 2013).

4 Cf. Spengler (F. M, 2019, p. 112) “[...] fica evidenciada a falta de respostas plausíveis, por parte das instituições estatais – dentre elas o Judiciário - frente às expectativas geradas não só pela criação de novos direitos, mas também perante a realidade econômica e social na qual os conflitos estão inseridos”.

O Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973) elevou os padrões da técnica processualística brasileira, prevendo um processo que obedeceria a 3 fases processuais bem demarcadas, denominadas de processos *de conhecimento, de execução e cautelar*. Entretanto, esse incremento técnico revelou-se inócuo na realidade brasileira, cujo cidadão, que pretendia apenas ver sua lide resolvida, encontrava grandes empecilhos técnicos para satisfazer sua pretensão.

Para auxiliar no *processo de conhecimento*, quando a *crise de certeza* deveria ser resolvida, concebeu-se o *processo cautelar*, que era acessório, com o objetivo de ser protetor de pessoas, provas e bens. Porém, a satisfação do direito de forma definitiva, que viria com o processo de execução, encontrava diversos empecilhos para a sua concretização, frustrando o processo de execução. Em termos ainda mais claros, a teoria positivada no CPC/1973 não era adequada à realidade brasileira: ao vencer uma demanda judicial surgia, para o autor, outra luta processual, encontrar o réu e seus bens, para a execução do título executivo judicial.

A necessidade da efetividade processual ensejou reformas no CPC/1973, chamado também de *Código Buzaid*, em razão de seu mentor, resultando em costuras essenciais, que indicavam o surgimento de uma nova sistemática processual, concretizada pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015).

O paradigma do CPC/2015, surgiu do rompimento da concepção do CPC/1973, motivada pela falta de respostas judiciais justas, acertadas e céleres aos numerosos e, cada vez mais, complexos conflitos contemporâneos. Ou seja, apostou-se no paradigma do sincretismo processual e da cooperação entre as partes, descartando o paradigma das fases processuais estanques e dualistas (FILÓ; DAROS NETO, 2020).

Essa preocupação encontra-se expressa no seu art. 4º, do CPC/2015, que prevê que as partes possuem o direito de terem seus conflitos resolvidos integralmente no mérito e na atividade satisfativa. Somado a isso, vale ressaltar que iniciativas de uso de *tecnologias da informação e comunicação* nos procedimentos judiciais, foram ao encontro do direito de se obter, em prazo razoável, a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Merece destaque o trabalho pioneiro do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que contribuiu para o surgimento do processo eletrônico e efetivação da economia e da produtividade (SCHIEFELBEIN DA SILVA; SPENGLER, 2014).

Os importantes avanços tecnológicos ensejam a reflexão sobre os impactos ético-sociais que podem ocorrer pelo uso de inteligência artificial (IA) em decisões judiciais, pois a ausência de estruturas principiológicas podem impactar negativamente no Estado Democrático de Direito (FORNASIER; SOBREIRO; BRUN, 2022).

Além do uso de novas tecnologias, que previram expressamente a gravação de audiências e o uso de documentos eletrônicos, o CPC/2015,

em seu art. 3º, §3º, inovou ainda mais, ao prever que juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público deverão estimular a conciliação, a mediação e outros métodos de resolução consensual de conflitos.

Essa previsão legislativa indica a abertura de novas possibilidades processuais, terminando com a hegemonia do processo dualista e heterocompositivo, tradicionalmente adotado no processo civil. Não obstante, romper paradigmas não é tarefa fácil ou acabada:

Dentro do Judiciário, a ruptura do modelo jurisdicional heterocompositivo na resolução de conflitos como hipótese única, legitimando outros mecanismos, a exemplo da autocomposição, mostrou ser uma empreitada difícil, na qual vislumbra-se que o paradigma atual (heterocomposição) encontra-se arraigado, tornando difícil a instauração, ainda que paralela, de um outro paradigma (autocomposição). (SPENGLER, F.M; SPENGLER, F. A.M., 2018, p. 106)

Sabe-se que os conceitos jurídicos se encontram em constante transformação, necessitando de atualizações frequentes, em razão de demandas emergentes. Conforme Garcia (2013, p. 309), essa atualização não implica necessariamente, da produção de novos diplomas legais, pois a inovação também pode surgir da releitura do que se elaborou anteriormente.

Dessa forma, apesar do avanço normativo, a complexa tarefa de modificação da cultura jurídica brasileira exige políticas públicas de fomento à autocomposição, para gerar outras compreensões de acesso à justiça (SPENGLER, 2019).

Conforme Garcia (2013) ética e direito cada vez mais se entrelaçam, sendo que a sociedade e as decisões judiciais caminham para o entendimento de que a conduta humana também deve ser validada por elementos éticos.

Quando se pensa sobre direitos humanos, qual compreensão que vem à mente do que seria humano? Um homem europeu tradicionalmente imaginado, que segue religiões, tradições e pensamentos europeus? Lage e Oliveira (2023), inspirados na proposta de James Paul Gee (2019), sobre necessidade de problematizar esse importante conceito, mapearam teses e dissertações de 2000 a 2022, para verificarem a abordagem que foi realizada em razão do conceito do ser humano.

Conforme esses autores, apesar dos avanços de outras perspectivas do que seria um ser humano, vistos por outros povos, culturas e etnias, não há um consenso sobre o que é o ser humano:

A pergunta continuará se repetindo, afinal o que é o humano? O que tangencia essa normatização conceitual e os atravessamentos que isso ocasiona? Devemos sempre nos manter atualizados e em constante formação, da mesma forma, entender que as mudanças acontecem cotidianamente e precisam ser inseridas no cotidiano científico, pois o tempo passa, as épocas mudam e como pesquisadores precisamos acompanhar essas evoluções, isso é um dos pilares que compõem a pesquisa. (LAGE; OLIVEIRA, 2023, p. 73)

Nesse questionar constante, caberia indagar: alguma cultura, povo ou etnia, do Ocidente ou do Oriente, consegue definir o que é um ser humano? O ser humano se define por sexo, idioma, cultura ou características físicas?

E mais, o ser humano se tornará um ser superior, caso se identifique com as novas tecnologias (da nanotecnologia, da biotecnologia, da tecnologia da informação e da ciência cognitiva), por, supostamente conseguir superar as limitações biológicas de seu corpo físico?

Estêvão (2018, p. 21) adverte que possíveis alterações biológicas do ser humano não devem ser motivo para criar uma “espécie de bifurcação entre humanos (que procuram a aplicação dos direitos tradicionais) e os transumanos (pretensa casta superiora com novos direitos). Conforme o autor, a possibilidade de um transumanismo, mesmo que remota, exigirá cuidados para se evitar um aumento de injustiças em decorrência da disparidade de acesso a novas tecnologias e do risco de se criar direitos humanos especiais para aqueles que decidirem alterar suas características biológicas naturais (ESTÊVÃO, 2018).

Por riscos como esse, ao se trabalhar direitos humanos, deve-se recordar atos de barbárie praticados contra a dignidade da pessoa humana e dos “direitos que possuímos pelo simples fato de existirmos” (SILVA; FIRMINO NUNES, 2019, p 255).

No campo processual, algumas reflexões ocorridas após a catástrofe da II Guerra Mundial, impediram que um sistema processual ignorasse a ética, sustentando-se somente em seu aspecto técnico e dogmático. Entretanto, Silva e Firmino Nunes (2019) destacam que a sociedade humana pouco avançou na concretização dos direitos humanos após a 2ª Guerra Mundial, como atestam as crescentes violações ocorridas neste século⁵.

Em razão de que a configuração mais importante do ser humano não se resume ao seu aspecto externo e que há algo intrínseco em todo o ser humano, o artigo passará a verificar a Ciência Logosófica, criada por Raumsol, na Argentina.

⁵ Conforme Silva e Firmino Nunes (2019), há necessidade de avanços pedagógicos nas escolas, que haja maior precisão e formação cidadã integradora dos direitos fundamentais.

2. A CIÊNCIA LOGOSÓFICA E SUAS CONTRIBUIÇÕES PARA OUTRAS CIÊNCIAS

Carlos Bernardo González Pecotche, também conhecido no mundo do pensamento por Raumsol, criou a Logosofia em 11 de agosto de 1930, em Córdoba. Essa ciência latino-americana, que – dentre diversos aspectos – apresenta uma nova concepção do ser humano, explica sua configuração interna e a possibilidade da organização de seus sistemas mental, sensível e instintivo, essenciais para a convivência humana.

Segundo seu autor, (GONZÁLEZ PECOTCHE, 2017), a cultura vigente (Ocidental ou Oriental) não ensinou o ser humano a conhecer sua vida interna, em especial suas faculdades mentais, levando a maior parte das pessoas a usar, de forma preponderante, somente duas faculdades: imaginar e memorizar.

A constituição psicológico-mental do ser humano, muitas vezes é ignorada, pois sua verificação não pode ser realizada por meio da percepção dos 5 sentidos físicos; entretanto, paradoxalmente, seus efeitos, muitas vezes são comprovados pelos sentidos físicos.

A ciência logosófica, sem recorrer ao conhecimento corrente, apresenta uma concepção original sobre o ser humano, indicando como parte de seu método, que não se deve crer em nada do que ela apresenta, senão comprovar cada uma de suas afirmações (GONZÁLEZ PECOTCHE, 2017). Essa constituição é apresentada por meio de três sistemas: o mental, o sensível e o instintivo (GONZÁLEZ PECOTCHE, 2013).

A Logosofia explica a mente humana como um sistema, constituída por faculdades, como, por exemplo, *de pensar, de raciocinar, de julgar, de intuir, de entender, de observar, de imaginar, de recordar, de prever*. As faculdades mentais formam a inteligência, podendo atuar sobre os pensamentos (GONZÁLEZ PECOTCHE, 2013).

É importante ressaltar que, quando se diz pensamentos, mente, faculdades, deve ser levado em consideração o que essa ciência quer dizer com esses termos. Por exemplo, os pensamentos são apresentados enquanto entidades psicológicas animadas que podem ser próprios ou alheios, positivos ou negativos e agir de forma dependente ou independentemente da vontade humana (GONZÁLEZ PECOTCHE, 2013).

Para a Ciência Logosófica o problema humano encontra-se na mente, por ser este o “órgão promotor da vida psíquica do homem, a mente, e seus principais agentes, os pensamentos” (GONZÁLEZ PECOTCHE, 2015).

Apesar do descaso sobre essa realidade, quiçá como já houve descaso pela ciência sobre tantas outras coisas, que nunca deixaram de existir, a Logosofia afirma que:

[...] os pensamentos fazem a vida, por constituírem eles seus agentes naturais, lógico é que a vida deva ser, por sua vez, o meio onde os pensamentos nascem, se desenvolvem e cumprem a atividade que ela lhes proporciona. Se a mente que alenta a vida de um ser é pobre de recursos, por carecer ele de conhecimento e cultura, os pensamentos serão de igual natureza; mas, se estes procriam em mentes cultivadas e recebem adequada instrução, enriquecerão ao mesmo tempo a vida, colaborando na edificação de um novo e melhor destino. (GONZÁLEZ PECOTCHE, 2015, p. 81)

As faculdades mentais, quando estão em atividade, podem identificar, conter, selecionar e manejar pensamentos, para benefícios individual e coletivo.

O sistema sensível, fundamental para a regulação da conduta, também “está configurado na parte anímica do ser humano e tem sua sede no coração, órgão sensível por excelência e centro regulador da vida psíquica do homem” (GONZÁLEZ PECOTCHE, 2013).

Esse sistema possui dois campos distintos. Em um deles, há as faculdades que formam a sensibilidade, que são as faculdades *de sentir, de querer, de amar, de sofrer, de compadecer, de agradecer, de consentir e de perdoar*. No segundo, estão os sentimentos, ou seja, “é o espaço dimensional em que eles nascem, vivem e atuam” (GONZÁLEZ PECOTCHE, 2013, p. 71).

Essa nova ciência aconselha, ainda, o estudo sobre as deficiências psicológicas que afetam o ser humano, que seriam falhas originadas em pensamentos negativos que interferem no funcionamento dos sistemas mental e sensível (GONZÁLEZ PECOTCHE, 2017).

A Logosofia apresenta um sistema de ensino que, após ilustrar o interessado acerca de sua conformação mental-psicológica, possibilita a aplicação de um método que se realiza no processo de evolução consciente.

Essa nova concepção do que é o ser humano em sua configuração anímica cada vez mais está sendo pesquisada e testada, por diversas outras disciplinas científicas, como a pedagogia, a educação física, a medicina e o direito.

Alcira López Ibarburu, que, desde a década de 1960, coordenava um ensaio sobre o *poder construtivo da Logosofia na infância*, publicou – a pedido do autor da Logosofia – uma pesquisa para ser enviada às universidades e instituições educacionais da América Latina (RAUMSOL, 1960).

Nessa pesquisa, verifica-se que a Logosofia se constitui em pedagogia, experimental e prática, proporcionando o cultivo de uma ética que elevada, que contribui “a debilitar e ainda eliminar tendências e deficiências que afeiam

o temperamento e dificultam o seu avanço” (IBARBURU; TROUTBECK; ROMAY, 1995, p.12).

A Logosofia, desde sua criação em 1930, teve como preocupação educar para a vida, por meio de uma pedagogia viva, ativa e evolutiva, cujos resultados impulsionaram a criação de diversas escolas primárias:

Os resultados conseguidos ao longo dos anos permitem afirmar com o autor que, a Pedagogia Logosófica é a pedagogia da verdade, do bem pensar, do bem dizer, inclusive, é a pedagogia da felicidade, porque, ao mesmo tempo que ensina, faz feliz. (IBARBURU; TROUTBECK; ROMAY, 1995, p.14).

A pedagogia logosófica tem despertado muito interesse de estudiosos e educadores, em razão de seu método, praticado em diversos educandários (PINTO, 2020). Isso suscita a possibilidade de sua aplicação também no ensino público, a fim de beneficiar maior número de alunos.

Quando a Ciência Logosófica é aplicada, por exemplo, à disciplina de Educação física, observou-se que houve melhora no aproveitamento e correção do discente, pois:

[...] o conhecimento da Logosofia facilita na correção dentro das Quadras, pois ao estar consciente em sala, a ação se torna mais afetuosa e assertiva, pois essas características são sempre destacadas na Pedagogia Logosófica, uma vez que para se evoluir conscientemente é necessário que haja a compreensão do próximo para o crescimento conjunto. (DIAS; FERREIRA; TOCAFUNDO, 2019, p. 247)

A proposta de Raumsol, para que fosse criada uma Escola de Educação e Cultura Política⁶, a fim de preparar os candidatos para desempenharem satisfatoriamente cargos públicos, foi reanalisada, concluindo-se por sua necessária aplicação à realidade brasileira (PILATI; FILÓ, 2017).

Na Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG, 2023) foi implementada, com grande sucesso, a disciplina optativa “Tópicos em Logosofia: A Logosofia e a Humanização na área de saúde”.

Essa disciplina (da Faculdade de Medicina da UFMG), cuja ementa é “A Logosofia e os recursos necessários ao desenvolvimento do ser humano para

6 Estabelecido um vasto programa que abarcasse os conhecimentos indispensáveis para investir de aptidões inobjektáveis aos futuros políticos, a Nação contaria com homens de carreira, os quais saberiam desempenhar inteiramente à satisfação de seu povo, com o qual se evitaria o lamentável espetáculo que apresenta o panorama político, não só nos momentos pré-eleitorais, senão – e é o que é mais sensível – nas deficiências que costumam se observar nas atitudes dos governantes, como tantas vezes ocorre na vida dos povos. (RAUMSOL, 1937, p. 43, tradução sugerida)

a busca da qualidade de vida pessoal e profissional por meio da humanização na área da saúde”, possui como objetivos:

Desenvolver a capacidade pessoal, e especialmente, as funções de aprender, ensinar, estudar, pensar, observar, decidir e sentir, como elementos fundamentais na construção da qualidade de vida pessoal e profissional através da humanização na área da saúde.

Apresentar a Ciência Logosófica, que consiste em uma ciência complementar às demais, e seu método científico como contribuição para alcançar os objetivos supracitados. (UFMG, 2023)

Conforme Niemeyer-Guimarães e Niemeyer-Guimarães (M; F, 2020) a Ciência Logosófica, por meio de sua concepção ética, também está contribuindo para a bioética ampliar suas pesquisas:

O avanço que se observa nas disciplinas “tradicionais” e as mudanças pelas quais passamos ao longo dos séculos são maravilhosas, pela perspectiva histórica. Mas este avanço não tem sido suficiente para resolver grandes questões com que a sociedade, e, em um contexto mais amplo a própria humanidade, ainda luta para progredir. (Niemeyer-Guimarães, M; Niemeyer-Guimarães, F, 2020, p. 295)

Conforme se verificam com esses autores, os conhecimentos que aparecem no caudal logosófico vão ao encontro das causas de decisões e comportamentos humanos; sendo assim:

Muitos dos conflitos entre as decisões éticas que levam a implicações clínicas e as decisões clínicas que levam a implicações éticas podem ser atenuados quando se busca um equilíbrio no juízo dos fatores racionais e sensíveis que influenciam estas decisões. (Niemeyer-Guimarães, M; Niemeyer-Guimarães, F, 2020, p. 299)

Mas como tomar decisões conscientes, sem ter conhecimentos? Pode-se usar a razão sem conhecimentos? A Logosofia explica que não é possível:

Por exemplo, quem se achasse em uma floresta poderia encontrar a planta para curar-lhe uma ferida, sem conhecê-la? Não; e até pereceria no mesmo lugar onde cresce a erva salvadora. Ao ignorar sua existência, não pode fazer uso dela, nem sua razão pode julgar sobre seu valor medicinal; ao contrário, aquele que a conhece, por meio desse conhecimento a utiliza e

julga, ao mesmo tempo, sua bondade para curar feridas. (GONZÁLEZ PECOTCHE, 2019, p. 147)

3. A CIÊNCIA LOGOSÓFICA E A CONVIVÊNCIA HUMANA

A concepção ética que a Logosofia apresenta vai ao encontro da mais elevada ética correntemente praticada e prevista em códigos e regulamentos, mas a transcende a outras perspectivas de convivência humana.

Logosoficamente, existe substancial diferença entre ética e moral. Apesar de serem conceitos intimamente relacionados, a moral pode ser definida como a relação do ser humano consigo mesmo, enquanto que a ética é a relação do ser humano com outro ser humano.

Não obstante isso, a formação ética depende, especialmente, do cultivo que se faz das próprias qualidades morais e sensíveis. A finalidade da ética não pode se afastar de seu verdadeiro objetivo social, sendo necessários alguns elementos básicos: “elevação de propósitos, tolerância, paciência, obsequiosidade sincera, naturalidade no trato, afabilidade, prudência e tato nos juízos que se emitem sobre terceiros” (GONZÁLEZ PECOTCHE, 2017, p. 86).

O enunciado ético da logosofia indica a prática da cortesia, “como expressão de afeto e de respeito e, do mesmo modo, o pensamento conciliador, que consolida a mútua consideração e entendimento”. (GONZÁLEZ PECOTCHE, 2017, p. 86).

Nessa configuração ética os sentimentos animam atos que advêm do sistema sensível, enquanto os pensamentos animam os atos da vontade do ser humano (GONZÁLEZ PECOTCHE, 2019). Quantas discórdias não surgem pelo descompasso entre os próprios pensamentos e sentimentos?

Considerando que pensamentos e sentimentos possuem vida própria, apesar de serem invisíveis, a Logosofia ensina o ser humano a ser livre, independentemente do mundo externo, como se verifica nessa imagem dos presidiários:

Recordo ter dito, então, que os presidiários muitas vezes faziam em suas celas o que jamais haviam feito enquanto gozavam da mais absoluta liberdade, e relatei que, em certa ocasião, tendo-me aproximado de um preso que realizava trabalhos muito bonitos, perguntei-lhe se, antes de estar ali, também os fazia. Respondeu-me imediatamente que não, afirmando que nunca sequer havia pensado em tal possibilidade. Também fiz referência a ter perguntado a ele: “E o que você faz para não morrer de angústia neste calabouço”? Ele respondeu: “Eu penso... imagino muitas coisas; imagino que estou em diversos lugares, que sou livre;

remonto a outras regiões, sonho acordado... Assim as horas passam, e nesses instantes em que certamente me parece que sou livre, vivo feliz”. Quem se sentir culpado de faltas ou erros, imagine-se dentro de uma cela e realize nela o que não pôde fazer em liberdade; desse modo, poderá experimentar a ventura de uma liberdade até então não sentida nem compreendida. (GONZÁLEZ PECOTCHE, 2019, p. 168)

Perante essa intangibilidade tão tangível para a Logosofia, a concepção da vida dentro de 3 existências possui um elemento ético imponderável para o desenvolvimento da vida humana. Para a Logosofia, a primeira existência ocorre dentro do mundo interno; a segunda existência pode ser encarada pelo ambiente no qual há familiares e amigos; por fim, a terceira existência está formada por tudo aquilo que é externo a si próprio, mas necessário para a subsistência e o desenvolvimento. (GONZÁLEZ PECOTCHE, 2019).

A Logosofia aconselha a não misturar as existências, e, especialmente, não se deve levar a vida que se desenvolve na 1ª existência para a 2ª ou 3ª existências, pois o fim poderia ser trágico, quando se abandona os próprios domínios internos:

Quantas tragédias se encerram nos presídios, hospitais e muitos outros lugares, onde, em geral, os seres que abandonaram seu lar interno consomem suas vidas e para os quais são levados como cadáveres psicológicos, a fim de terminar ali seus dias, reclusos, por serem nocivos aos seus semelhantes! (GONZÁLEZ PECOTCHE, 2019, p. 77).

Na preservação dessas três existências, o segredo da colaboração se expressa no esforço pessoal que se une ao esforço dos demais e proporciona benefícios mútuos. Nesse sentido, o estudo logosófico deve seguir o elemento ético de servir ao semelhante, iniciando por aquele que está mais perto: o próprio ser (GONZÁLEZ PECOTCHE, 2019, p. 311).

É comum se buscar a posse de algo que faça bem à própria vida; porém, o bem, cuja conquista nunca deve ser exclusivamente material, deve servir para a capacitação de si mesmo, a fim de que surja:

[...] configurando-se como uma ética superior, a necessidade de ser pródigo, de dar parte do que é seu, que poderá realizar sem afetar em nada suas posses. E são momentos felizes os que o ser experimenta quando é capaz de dar: é aí quando ele se enaltece e se cobre de dignidade; na mesma proporção, se rebaixa quando pede sem haver feito antes o esforço para conseguir por si mesmo. (GONZÁLEZ PECOTCHE, 2019, p. 186).

Entretanto, a caridade correntemente sintetizada no dizer popular *fazer o bem sem olhar a quem é complementada pela necessidade de se observar o uso que o beneficiado faz da caridade recebida*. (GONZÁLEZ PECOTCHE, 2019). Surge, então, a verdadeira colaboração, o altruísmo real e a generosidade sincera.

Compõe elemento da Ética Logosófica não ser veículo de um pensamento mal-intencionado, como ocorre quando se propaga uma difamação (GONZÁLEZ PECOTCHE, 2019). Inúmeros conflitos podem ser evitados e amenizados com a abstenção dessa infeliz prática.

Ocorre que o pensamento de egoísmo impede a ajuda mútua, ou seja, nos mais diversos aspectos da vida, permanece a situação de que “uns têm o que a outros falta e o que a uns falta outros têm, e, assim, sucessivamente” (GONZÁLEZ PECOTCHE, 2019, p. 190).

E a insegurança nas ações e nos pensamentos dos demais, leva a que o altruísmo não persista na sociedade, fruto das diversas reações humanas, no que é ilustrado da seguinte imagem:

[...] o coração pega seu talão de cheques e contribui para tornar menos grave a situação daquele que expressou seu precário estado, material ou espiritual; mas, tão logo o coração volta a recolher-se, a mente, reagindo, tira o cheque do bolso e o destrói. (GONZÁLEZ PECOTCHE, 2019 p. 191)

Esse desequilíbrio entre mente e sensibilidade, ainda invisível ao entendimento das pessoas, também ocorre entre as relações entre diversos povos, conforme o González Pecotche (2019, p. 192) já relatava em março de 1946:

Vemo-lo atualmente nas grandes assembleias que se realizam no mundo. Enquanto o coração dos homens que devem resolver grandes problemas abre suas mãos, a mente volta a fechá-las. Não há possibilidade, nessa contínua reação entre a mente e o coração, de se chegar ao equilíbrio, pois, para isso, seria necessário alcançar o domínio do justo e a penetração para distinguir o verdadeiro do falso.

Quando se está para cometer a prática de atos de violência, por causa da atuação de pensamentos sem controle, a mente deve deter o pensamento e interrogá-lo, para verificar as intenções e finalidades do mesmo (GONZÁLEZ PECOTCHE, 2019).

Para alcançar o equilíbrio interno, assim como a atuação de pensamentos próprios e alheios, a Logosofia ensina a criar pensamentos positivos, que possibilitem a eliminação de defeitos e deficiências psicológicas, fazendo surgir o hábito do próprio controle, que é base para a criação de virtudes (GONZÁLEZ PECOTCHE, 2019).

Conforme González Pecotche (2012), o ser humano, quando acata, de forma inteligente, *normas, regras, deveres e leis*, contribui para a harmonia na convivência humana, o que se alcança com uma razão equilibrada, que consiga se sobrepor a pensamentos negativos, em especial, às deficiências psicológicas:

Uma razão equilibrada – salvo nos casos de involuntário descuido – jamais cometerá a torpeza de desobedecer à ordem social e jurídica, e quem cientemente o fizesse se declararia menos sagaz que o rato, cujo instinto o freia no momento em que é tentado pelo queijo da ratoeira, se seu olfato lhe denuncia que outros de sua espécie deixaram ali o vestígio de seu sangue. (GONZÁLEZ PECOTCHE, 2012 p. 68)

Esse labor de conter o pensamento negativo evita que desentendimentos se perpetuem. Por exemplo, duas pessoas se desentendem. Se uma delas transmite o seu pensamento para a outra, a mente tende a realizar um julgamento precipitado e formular um pensamento antagônico. O controle consciente permite frear a impulsividade do pensamento e deixar a mente julgar o que recebeu com liberdade (GONZÁLEZ PECOTCHE, 2019, p. 313).

Um outro aspecto que causa a perda de afetos, amizades e relação encontra-se no fato de que – geralmente – “cada um espera, se não tudo, pelo menos, noventa por cento dos demais, parecendo-lhe ainda muito esses dez por cento que põe de sua parte” (GONZÁLEZ PECOTCHE, 2019, p. 194).

Esse fato faz com que, em todas as manifestações de relações ou vinculações humanas, “valoriza-se muito mais o que se dá do que o que se obtém e, naturalmente, isso promove uma constante luta de apreciações, porque é lógico que, em tal situação, as partes que atuam não julguem o fato na mesma medida” (GONZÁLEZ PECOTCHE, 2019, p. 194).

O aconselhado pela Logosofia é inverter essa imagem:

[...] se quem recebe aprecia em seu justo valor o que recebe, já não interessa em quanto possa estimá-lo quem deu e, de sua parte, cria a si mesmo uma obrigação moral à qual, se é inteligente e apto, saberá corresponder, ao mesmo tempo que valorizará com exatidão o que seja capaz de dar. (GONZÁLEZ PECOTCHE, 2019, p. 194)

Na vida de relação, quando dois seres se unem pelo matrimônio, a imagem ideal que um criou do outro costuma empalidecer pela realidade cotidiana, sendo comum que a impaciência, as injustas exigências e o desânimo acabem por destruí-la parcialmente. Nos casos em que os desgostos, desavenças ou atritos não tenham surgido por uma causa grave, a Logosofia,

enquanto ciência do afeto, possibilita que a parte não destruída da imagem ideal seja utilizada para:

[...] acalmar a agitação, suavizar o erro e até para perdoar, porque quando a imagem física, nos instantes de raiva, se apaga para os olhos que a veem, a imagem ideal aparece mostrando-se a esses mesmos olhos, revestida sempre de recordações, de afetos e de história; dessa história que juntos viveram, participando dos dias felizes e dos dias de dor. Essa imagem, e não outra, é a que influi para que os seres se reconciliem e se reencontrem, estreitando seus espíritos no amor dessa imagem. (GONZÁLEZ PECOTCHE, 2019, p. 195)

A Ética Logosófica traz elementos importante para a convivência humana, sendo que pode ser utilizada como forma preventiva e resolutiva de conflitos, propiciando a estabilidade de relacionamentos por meio da unidade entre pensamentos e sentimentos.

CONCLUSÃO

Ao tratar sobre o direito humano e fundamental do acesso à justiça, verificou-se a dificuldade em se adotar o paradigma de cooperação, previsto no CPC/2015, que prevê a necessidade de sujeitos processuais estimularem a resolução de conflitos por meio da conciliação, mediação e outros métodos consensuais.

Romper com o dualismo processual, que, descartando formas cooperativas, privilegia o modelo jurisdicional heterocompositivo não é algo que pode ser realizado sem reflexões sérias e inovadoras, que possibilitem novos elementos a *juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público*.

A constante busca pelo acesso à justiça – direito humano e fundamental, de abordagem interdisciplinar e essencial para a vida em sociedade – necessita de avanços na compreensão do que é o ser humano, sendo mister que outras ciências auxiliem no desenvolvimento de métodos de resolução consensual e formas de prevenção de conflitos.

A verificação de que a Ciência Logosófica possui um aspecto interdisciplinar, possibilitou compreender que ela pode ser utilizada também como um complemento para outras ciências. Nesse sentido, o artigo destacou o uso da pedagogia logosófica em estabelecimentos educacionais e o uso de conhecimentos logosóficos para o ensino da educação física, a formação médica, o desenvolvimento da bioética e o direito.

Respondendo ao problema de pesquisa, verifica-se que a Ciência Logosófica pode fornecer contribuições para o acesso à justiça, em razão da natureza de seus conhecimentos, pois, os elementos éticos de convivência

humana permitem que o conflito seja verificado pelo interessado a partir de si mesmo – não esperando que a resolução venha somente por intermédio um terceiro – e ampliando a compreensão entre os que se encontram em desentendimento. Além disso, a concepção de si mesmo que a Logosofia apresenta não isola, mas tangencia o ser humano, proporcionando o diálogo e a (re)aproximação entre as pessoas.

Outra contribuição surge da original concepção de pensamentos que a Logosofia apresenta. A verificação de que antigos médicos – por desconhecerem a existência de micro-organismos invisíveis a olho nu – acabavam por contaminar seus pacientes durante as cirurgias, leva a analogia lógica de que a desconsideração da força ativa de pensamentos negativos (considerados nessa nova concepção) contribui para a propagação e potencialização involuntária de conflitos.

Em um aspecto coletivo, como as contribuições da Ciência Logosófica foram ventiladas com base em alguns princípios éticos presentes em suas fontes, pôde-se considerar que a prática dos conhecimentos logosóficos contribui para a elevação moral e a melhoria da convivência humana. Nesse sentido, se maior conhecimento proporciona uma maior razão para o ser humano agir em sua vida – conforme o postulado logosófico – políticas públicas podem proporcionar a capacitação do cidadão, por meio da difusão desses novos conhecimentos, como forma de prevenção e de autocomposição de conflitos.

Por não ser objeto desta pesquisa, o artigo não apresentou instrumento específico ou dinâmica direcionada para a resolução de conflitos; entretanto, vislumbra-se que novas técnicas podem ser pensadas com o auxílio reflexivo da Ciência Logosófica.

REFERÊNCIAS

CASULLO, Nicolás. *El debate modernidade-pósmodernidad*: edición ampliada y actualizada. 2ª ed. Buenos Aires: Retórica, 2004.

DIAS, Gabrielle Batista; FERREIRA, Nilza Fátima Virgem; TOCAFUNDO Ronan Daré. A contribuição da Logosofia para a docência na Educação Física. *Interritórios | Revista de Educação Universidade Federal de Pernambuco*, Caruaru, BRASIL | V.5 N.9 [2019], p. 330-350. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/interritorios/article/view/243601>. Acesso em: 17 fev. 2023.

ESTÉVÃO, Carlos Alberto Vilar. Dos direitos humanos no transumanismo: algumas reflexões. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, [S. l.], v. 6, n. 12, p. 14–22, 2018. DOI: 10.21527/2317-5389.2018.12.14-22. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/8400>. Acesso em: 26 fev. 2023.

FILÓ, Maurício da Cunha Savino; DAROS NETO, A. C. O Princípio da Cooperação e a atividade da Advocacia Geral da União (AGU). *Revista da AGU*, v. 19, p. 225-244, 2020.

FILÓ, Maurício da Cunha Savino; PILATI, José Isaac. Ensaio sobre uma escola de educação e cultura políticas. *Revista Culturas Jurídicas*, Vol. 4, Núm. 7, jan./abr. 2017, p. 103-118. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/44722>. Acesso em: 28 mar 2023.

FORNASIER, Mateus de Oliveira; SOBREIRO, Rafael Soccol; BRUN, Marco Antonio Compassi. Direitos do Homem, Ética e Sistema Judicial na Era da Inteligência Artificial. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, [S. l.], v. 10, n. 20, p. e13760, 2022. DOI: 10.21527/2317-5389.2022.20.13760. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/13760> Acesso em: 26 fev. 2023.

GARCIA, Bruna Pinotti. *Ética na Internet: um estudo da autodisciplina moral no ciberespaço e de seus reflexos jurídicos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito, Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2013.

GONZÁLEZ PECOTCHE, Carlos Bernardo. *Deficiências e propensões do ser humano* [Tradução: Colaboradores voluntários da Fundação Logosófica em Prol da Superação Humana] - 13ª ed. São Paulo: Editora Logosófica, 2012.

GONZÁLEZ PECOTCHE, Carlos Bernardo. *Logosofia ciência e método*. [Tradução: Colaboradores voluntários da Fundação Logosófica em Prol da Superação Humana] - 12ª ed. São Paulo: Editora Logosófica, 2013.

GONZÁLEZ PECOTCHE, Carlos Bernardo. *O Mecanismo da Vida Consciente*. [Tradução: Filiados da Fundação Logosófica do Brasil] - 16ª ed. São Paulo: Logosófica, 2015.

GONZÁLEZ PECOTCHE, Carlos Bernardo. *Curso de iniciação Logosófica*. [Tradução: Colaboradores voluntários da Fundação Logosófica em Prol da Superação Humana] - 20ª ed. São Paulo: Editora Logosófica, 2017.

GONZÁLEZ PECOTCHE, Carlos Bernardo. *Introdução do conhecimento logosófico*. [Tradução: Colaboradores voluntários da Fundação Logosófica em Prol da Superação Humana] 4ª ed. São Paulo: Editora Logosófica, 2019.

IBARBURU, Alcira Lopez; TROUTBECK, Enriqueta; ROMAY, Elsa A. *A Logosofia na infância*. [Tradução: Colaboradores voluntários da Fundação Raumsófica de Logosofia] Belo Horizonte: Editora Raumsófica, 1995.

IGREJA, Rebecca Lemos; RAMPIN, Talita Tatiana Dias. Acesso à justiça: um debate inacabado. *Suprema: Revista de Estudos Constitucionais*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 191-220, jul./dez. 2021.

LAGE, Lucas da Costa; OLIVEIRA, Roberto Dalmo Varallo Lima de. Quem somos nós? Levantamento do conceito de humano na produção do conhecimento. *Revista de Estudos Interdisciplinares*, [S. l.], v. 4, n. 5, p. 59–76, 2023. Disponível em: <https://ceeinter.com.br/ojs3/index.php/revistadeestudosinterdisciplinar/article/view/458>. Acesso em: 25 fev. 2023.

LOGOSÓFICA, Fundação. *1º Congresso Internacional da Pedagogia Logosófica*. Disponível em: https://logosofia.org.br/conteudos/congresso-pedagogia-logosofica/?gclid=Cj0KCQiAgaGgBhC8ARIsAAAYLfFKu_UKNxOC5a0UnpaOAoiP97MuRKl08A9pdfN0uyMWCnQsXNLg36kaArKJEALw_wcb. Acesso em 8 de mar.2023

MARTINS, Camila Ragonezi; DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho; NOGUEIRA, Marcela Iossi. As epistemologias do sul e as experiências da américa-latina: um significado diferenciado para a propriedade ou outras formas de apropriação?. *Abya-yala: Revista sobre Acesso à Justiça e Direitos nas Américas*, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 109–122, 2023. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/abya/article/view/46984>. Acesso em: 13 fev. 2023.

NIEMEYER-GUIMARÃES, Márcio; Niemeyer-Guimarães, Flávio. A Bioética, a Ciência e a Ética Logosófica. *in* Caminhos da Bioética – Volume 3/ João Cardoso de Castro, Márcio Niemeyer-Guimarães, Rodrigo Siqueira-Batista (organizadores). Coleção FESO --- Teresópolis: Editora UNIFESO, 2020, p. 275-302.

PINTO, Karine Dias. *Pedagogia Logosófica: aspectos didáticos e suas implicações para o desenvolvimento integral do educando*. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande – FURG, Programa de Pós-Graduação em Educação, Rio Grande/RS, 2020.

RAUMSOL. *Artículos e Publicaciones (Recopilación)*. Rosario: Establ. Gráfico Pomonio, 1937.

RAUMSOL, 1960. In IBARBURU, Alcira Lopez; TROUTBECK, Enriqueta; ROMAY, Elsa A. *A Logosofia na infância*. [Tradução: Colaboradores voluntários da Fundação Raumsóllica de Logosofia] Belo Horizonte: Editora Raumsóllica, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para além do pensamento abissal*. *Novos Estudos CEBRAP* 79, nov. 2007, p. 71-94.

SILVA, José Irivaldo Alves Oliveira; FIRMINO NUNES, Gutyelson Henrik. DIREITOS HUMANOS E EDUCAÇÃO: DIRETRIZES FUNDAMENTAIS. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, [S. l.], v. 7, n. 13, p. 254–279, 2019. DOI: 10.21527/2317-5389.2019.13.254-279. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/8633>. Acesso em: 7 mar. 2023.

SCHIEFELBEIN DA SILVA, Queli Cristiane; SPENGLER, Fabiana Marion. *O acesso à justiça como direito humano fundamental: a busca da efetivação da razoável duração do processo por meio do processo eletrônico*. Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL], [S. l.], v. 16, n. 1, p. 131–148, 2014. DOI: 10.18593/ejll.v16i1.2555. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/2555>. Acesso em: 13 mar. 2023.

SPENGLER, Fabiana Marion; BEDIN, Gabriel de Lima. O direito de acesso à justiça como o mais básico dos direitos humanos no constitucionalismo brasileiro: aspectos históricos e teóricos. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, [S. l.], v. 13, n. 13, p. 129–144, 2013. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/442>. Acesso em: 13 mar. 2023.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER, Fernando Augusto Marion. Na medicina e no direito: como se rompe um paradigma? *Revista Direitos Humanos e Democracia*, [S. l.], v. 6, n. 12, p. 98–115, 2018. DOI: 10.21527/2317-5389.2018.12.98-115. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/7239>. Acesso em: 25 fev. 2023.

SPENGLER, Fabiana Marion. A autocomposição como política pública de incentivo ao direito fundamental de acesso à justiça. *Revista Cidadania e Acesso a Justiça* | e-ISSN: 2526-026X | Belém | v. 5 | n. 2 | p. 01 - 16 | Jul/Dez. 2019.

SUBIRATS, Eduardo. *Transformaciones de la cultura moderna*. in CASULLO, Nicolás. El debate modernidade-pósmodernidad: edición ampliada y actualizada. 2ª ed. Buenos Aires: Retórica, 2004, p. 155162

UFMG, 2023. Tópicos em Logosofia: A *Logosofia e a Humanização na área de saúde*. Disponível em: <https://www.medicina.ufmg.br/clm/wp-content/uploads/sites/24/2022/08/logosofia.pdf>. Acesso em 21 mar 2023.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. pedagogia logosofica/?gclid=Cj0KCQiAgaGgBhC8ARIsAAyLffKu_

Recebido em: 27/02/2023

Aprovado em: 31/08/2023

HABILITAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA NA CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS: ESTUDO EMPÍRICO COM EMPRESAS DO SETOR DE SANEAMENTO BÁSICO

ECONOMIC-FINANCIAL QUALIFICATION IN THE CONCESSION OF PUBLIC SERVICES-EMPIRICAL STUDY WITH COMPANIES IN THE BASIC SANITATION SECTOR

Sérgio Thiago Morais de Rezende Dalescio¹

Lúcio de Souza Machado²

SUMÁRIO: Introdução. 1. Referencial Teórico. 1.1. Uso de Indicadores em Análise Econômico-Financeira de Processos Licitatórios. 1.2. Análise de Risco de

1 Mestrando em Ciências Contábeis pela Universidade Federal de Goiás – UFG. Auditor de Controle Externo no Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás (TCM-GO), coordenador da Comissão Multidisciplinar Específica sobre Concessões e PPP's. Membro do Comitê sobre Concessões e PPP's do Instituto Rui Barbosa (IRB).

2 Pós-Doutor e Doutor em Psicologia (com ênfase em Psicologia Organizacional e do Trabalho), pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO). Mestre em Controladoria e Contabilidade Estratégica pelo Centro Universitário Álvares Penteados (UNIFECAP). Professor adjunto IV da Universidade Federal de Goiás (UFG).

Insolvência. 2. Metodologia de Pesquisa. 2.1. Amostra; 2.2. Relação dos Indicadores Analisados. 2.3 Análise de Solvência. 3. Análise dos Resultados. 3.1. Indicadores Previstos no Decreto 11.598/2023. 3.2 Indicadores Previstos na IN 03 de 2018 do TCU. 4. Análise de Solvência. Conclusão. Referências.

RESUMO: O novo marco legal do saneamento básico trouxe metas que tem por objetivo garantir a universalização dos serviços no país. O Decreto nº 11.598/23 estabeleceu metodologia para verificar a capacidade das prestadoras de cumprir tais metas. O objetivo geral deste estudo é analisar os indicadores propostos pelo Decreto nº 11.598/23 (Margem Líquida sem Depreciação e Amortização - EBDA, Grau de Endividamento - GE, Retorno sobre Patrimônio Líquido - ROE e Índice de Suficiência de Caixa - ISC) na fase de habilitação econômico-financeira dos processos licitatórios para concessões dos serviços públicos de saneamento básico em relação aos usualmente adotados (Liquidez Corrente - LC, Liquidez Geral - LG e Solvência Geral - SG). Como amostra, foram analisados os indicadores de 25 prestadoras com abrangência regional, durante o período de 2017 a 2021. Os resultados obtidos indicam que 68% das empresas cumprem os referenciais mínimos previstos no novo marco legal, enquanto 32% cumprem os indicadores usualmente adotados. Os dois grupos de empresas foram submetidas ao teste de previsão de insolvência proposto por Kanitz (1979), sendo que todas as empresas foram aprovadas. A metodologia proposta pelo novo marco legal do saneamento básico mostrou-se mais vantajosa para a administração pública pelos seguintes motivos: i) uso de metodologia específica para o setor de saneamento de básico; ii) uso de indicadores de rentabilidade; iii) mostrou-se capaz de selecionar empresas solventes; iv) ampliação da quantidade de empresas aptas a participar da licitação para concessão dos serviços, aumentando o caráter competitivo do certame.

PALAVRAS-CHAVE: Marco Legal do Saneamento Básico. Lei de Licitações. Indicadores Econômico-Financeiros. Qualificação Econômico-Financeira. Habilitação Econômico-Financeira

ABSTRACT: The new legal framework for basic sanitation brought targets that aim to guarantee the universalization of services all over the country. The decree 11.598/23 established a methodology to verify the ability of providers to reach these goals. This study has as main objective to analyze the indicators addressed in decree 10.710/21 (Earnings Before Depreciation and Amortization - EBDA, Borrowing Capacity - BC, Return on Equity -

ROE and Cash Sufficiency Index - CSI) in the economic-financial qualification phase of bidding processes for concessions of public basic sanitation services in relation to those commonly adopted (Current Liquidity - CL, Liquidity Ratio - LR and Solvency- S). The indicators of 25 providers with regional coverage were used as a sample and they were analyzed in a period ranging from 2017 to 2021. The results indicate that 68% of the companies comply with the minimum standards defined in the new legal framework, while 32% comply with the indicators commonly adopted. The two groups of companies were submitted to the insolvency prediction test proposed by Kanitz (1979), and all companies were approved. The methodology proposed by the new basic sanitation legal framework proved to be more favorable for the public administration, according to the following reasons: i) use a specific methodology for the basic sanitation sector ii) use of profitability indicators; iii) proved to be capable on selecting solvent companies; iv) expansion on the number of companies able to take part in bidding process for services concession, increasing the competitive nature of the event.

KEYWORDS: Basic Sanitation Legal Framework. Bidding Law. Economic and Financial Indicators. Economic-Financial Qualification. Economic-Financial Habilitation.

INTRODUÇÃO

Segundo dados do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS) do Ministério do Desenvolvimento Regional (MDR) para o ano de 2021, aproximadamente 175 milhões de pessoas no Brasil são atendidas com o fornecimento de água tratada, o que corresponde a 84,2% da população. Esses mesmos dados revelam que cerca de 55% da população brasileira é atendida com rede coletora de esgoto, sendo que na região norte o atendimento cai para 13,1% e nordeste para 30,3% (BRASIL, 2022).

A fim de mudar esse panorama, a Lei Federal 14.026/2020, conhecida como novo marco legal do saneamento básico, em seu art. 11-B, definiu metas de universalização que garantam o atendimento de 99% da população com água potável e de 90% da população com coleta e tratamento de esgoto até 31 de dezembro de 2033 (BRASIL, 2020). Estudos apontam que será necessário investir cerca R\$ 500 bilhões entre os anos de 2020 a 2033 para atingir as metas de universalização propostas (ABCON; KMPG, 2020).

A Lei Federal 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão dos serviços públicos, estabelece, em seu art. 2º, que a concessão da prestação dos serviços se dará mediante licitação, cujo edital estabelecerá os critérios e normas gerais, bem como indicadores, fórmulas e parâmetros para o

juízo econômico-financeiro da proposta. Cabe ao titular do serviço, denominado poder concedente, a elaboração do edital para a concessão da prestação do serviço (BRASIL, 1995).

A Lei Federal 14.133/2021, também conhecida como lei de licitações, prevê, em seus artigos 62 e 69, como um dos critérios para participação do processo licitatório, a comprovação de capacidade financeira por parte da licitante (BRASIL, 2021). Para fins de habilitação econômico-financeira, a Instrução Normativa (IN) 03 de 2018, de iniciativa do Secretário de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, define que deve ser utilizado os índices de Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC) (BRASIL, 2018).

O Decreto Federal nº 11.598/23 traz, em seu art. 5º, a metodologia para comprovação da capacidade econômico-financeira das prestadoras de serviços públicos de saneamento de atingir as metas de universalização do novo marco legal do saneamento básico. Os indicadores a serem utilizados são: índice margem líquida sem depreciação e amortização (EBDA) superior a zero; índice grau de endividamento (GE) inferior ou igual a um; índice de retorno sobre patrimônio líquido (ROE) superior a zero e índice de suficiência de caixa (ISC) superior a um. Os índices devem ser obtidos a partir das medianas dos indicadores dos últimos cinco exercícios financeiros exigíveis (BRASIL, 2023).

Essa métrica foi originalmente estabelecida pelo Decreto Federal nº 10.710/21, posteriormente revogado pelo Decreto Federal nº 11.466/23, que por sua vez foi revogado pelo Decreto Federal nº 11.598/23. Embora tenha havido alterações entre os referidos atos administrativos, a metodologia para comprovação da capacidade financeira das prestadoras de cumprir as metas de universalização permaneceu inalterada, com a mesma redação nos referidos documentos e mesmo dispositivo legal (art. 5º) (BRASIL, 2023).

A necessidade de comprovação de boa situação financeira da licitante tem por objetivo diminuir eventuais possibilidades de insolvência e consequentes implicações à administração pública, uma vez que empresas com problemas de solvência provavelmente não terão condições de cumprir com o objeto da licitação (AZEVEDO; RIBEIRO, 2020). Cunha (2017) conceitua insolvência como a impossibilidade de cumprir com as obrigações anteriormente firmadas, constituindo-se interesse geral tentar prever se uma empresa apresenta sinais de insolvência.

Indicadores financeiros são frequentemente utilizados para avaliar modelos de previsão de insolvência (SOARES; REBOUÇAS, 2014; SCALZER et al., 2015; REZENDE et al., 2017), sendo bastante utilizados na literatura de análises financeiras de empresas, estrutura de capitais, de liquidez, de endividamento, de rentabilidade e níveis de atividade (BEZERRA et al., 2019). Kanitz (1974, 1976, 1978) entende que modelos que adotam conjunto de indicadores têm melhor desempenho que índices utilizados isoladamente.

O modelo de previsão de insolvência de Kanitz (1974), assim como o novo marco legal do saneamento básico, adota indicadores de rentabilidade, não se restringindo somente à indicadores de liquidez e endividamento, como a legislação atual sobre licitações. Autores como Du Jardin (2015, 2017) e Li e Wang (2018) consideram indicadores de rentabilidade imprescindíveis na análise da capacidade financeira da empresa quando se trata de previsão de insolvência (PEREIRA; MARTINS, 2015). Os resultados obtidos nas pesquisas de Malta et al. (2020), Souza (2020) e Ribeiro et al. (2021a) corroboram a necessidade da adoção de indicadores de rentabilidade para fins de habilitação econômico-financeira.

As pesquisas recentes na área contábil sobre habilitação econômico-financeira buscaram avaliar a percepção dos participantes das etapas do processo licitatório em relação à legitimidade das informações contábeis (RODRIGUES et al., 2017; AZEVEDO; RIBEIRO, 2020; SOUZA, 2020; MALTA et al., 2020; RIBEIRO et al., 2021a, 2021b), uso de indicadores que levam em consideração a realidade do setor econômico (OLIVEIRA, 2021), ou até mesmo analisar a relação entre os indicadores contábeis usualmente adotados em processos licitatórios e os estabelecidos pelo Decreto Federal nº 10.710/21 (DALESCIO et al., 2022), mas nenhuma se propôs a investigar possíveis vantagens na adoção do conjunto de indicadores propostos pelo novo marco legal do saneamento básico na etapa de habilitação econômico-financeira dos processos licitatórios para concessão do serviço público de saneamento básico.

Mediante o exposto, o objetivo geral deste estudo é analisar os indicadores propostos pelo Decreto nº 11.598/23 (EBDA, GE, ROE e ISC) na fase de habilitação econômico-financeira dos processos licitatórios para concessões do serviço público de saneamento básico em relação aos usualmente adotados (LC, LG e SG).

Para atingir o objetivo geral, destacam-se os seguintes objetivos específicos: i) calcular os indicadores propostos pelo Decreto n.º 11.598/23 e os usualmente adotados das empresas do setor de saneamento básico e então analisar se cumprem os referenciais mínimos de cada metodologia; ii) comparar se as empresas se habilitam a participar de licitações para a concessão dos serviços públicos de saneamento básico, conforme os referenciais mínimos de cada metodologia; e iii) avaliar o risco de insolvência dos dois modelos e discutir, à luz da literatura e dos resultados obtidos, as vantagens na adoção de cada conjunto de indicadores.

Justen Filho (2020) defende que a Administração Pública estabeleça soluções técnicas e economicamente viáveis que garantam a conformidade na prestação do serviço ou obra contratado, bem como sua continuidade. Medauar (2020) defende que um número maior de participantes tende a garantir uma maior probabilidade de melhores serviços e tarifas à população.

O presente estudo pretende contribuir com a indicação da metodologia mais vantajosa para fins de habilitação econômico-financeira que garanta o cumprimento do objeto do contrato, ou seja, a continuidade e expansão dos serviços, sem restringir o caráter competitivo do certame.

A pesquisa justifica-se por se tratar de um serviço público com impacto na qualidade de vida, saúde e meio ambiente, constituindo-se como um serviço essencial, com capacidade de ser catalisador de desenvolvimento econômico e social (LEONETI et al., 2011; PEREIRA; TEOBALDO, 2021; SILVA, 2022). Áreas menos desenvolvidas, como a região norte e nordeste, são as que mais sofrem com a falta do serviço, tornando-se um fator prejudicial à saúde das populações desabastecidas (MASSA; CHIAVEGATTO FILHO, 2020), inclusive mantendo relação direta com as taxas de mortalidade infantil em tais regiões (DA SILVA et al., 2022).

O presente estudo é dividido em mais quatro seções, além desta introdução. A segunda seção apresenta o referencial teórico, onde são abordados aspectos referentes ao uso de indicadores em análise econômico-financeira de processos licitatórios e análise de risco de insolvência. Na terceira seção é apresentada a metodologia utilizada na pesquisa. A apresentação e análise de dados, bem como os resultados obtidos, são descritos na quarta seção. Por fim, a quinta seção descreve as principais conclusões desse estudo, suas limitações e sugestões de pesquisas futuras.

1. REFERENCIAL TEÓRICO

1.1. Uso de indicadores em análise econômico-financeira de processos licitatórios

Na esfera pública, a exigência de comprovação de boa situação financeira da empresa, mediante cálculo de índices contábeis, tem por objetivo assegurar que o licitante será capaz de realizar o objeto da licitação, ou seja, diminuir as possibilidades de que o vencedor entre em estado de insolvência e não seja capaz de honrar com o compromisso firmado no processo licitatório (BRASIL, 2021).

Segundo relatório do TCE-SP (2022), cerca de 19% das obras paralisadas no estado de São Paulo durante o exercício de 2021 tem como causa principal problemas financeiros das licitantes. Relatório do TCU (2022) corrobora o entendimento a nível nacional, apresentando índice de 10%. Entre as possíveis causas apontadas está a padronização na exigência de indicadores (LC, LG e SG superiores ou iguais a um) sem levar em consideração parâmetros setoriais (RODRIGUES et al., 2017; AZEVEDO; RIBEIRO, 2020; OLIVEIRA, 2021) e a vedação na legislação de exigência de índices de rentabilidade (MALTA et al., 2020; SOUZA, 2020; RIBEIRO et

al., 2021a), o que, segundo autores como Du Jardin (2015, 2017) e Li e Wang (2018), são imprescindíveis na análise da capacidade financeira da empresa quando se trata de previsão de insolvência (PEREIRA; MARTINS, 2015).

Malta et al. (2020) pesquisaram a relação entre indicadores econômico-financeiros e indicadores operacionais das companhias estatais de saneamento básico brasileiro. Foi identificada correlação positiva entre indicadores de rentabilidade e índices de fornecimento de água. O resultado obtido vai em consonância com a pesquisa de Souza (2020), onde 63,1% dos entrevistados consideraram que a exigência de indicadores de rentabilidade poderia trazer maior segurança às licitações e as pesquisas de Ribeiro et al. (2021a, 2021b), onde constatam que a não utilização de indicadores de rentabilidade pode ser uma das causas da informação contábil não ser recebida com legitimidade nas licitações públicas.

A pesquisa de Ribeiro et al. (2021a), realizada por meio de grupos focais e entrevistas semiestruturadas com agentes dos mais variados segmentos e etapas do processo licitatório, tais como administração pública, empresas privadas, órgãos de controle e julgamento e juristas do direito administrativo, chegou à conclusão de que, nos moldes atuais, a etapa de qualificação econômico-financeira não assegura o objetivo pretendido pela administração pública, qual seja, garantir que o vencedor seja capaz de cumprir o objeto da licitação.

Além da vedação a indicadores de rentabilidade, os respondentes apontam como possível causa o uso de informações padronizadas (LC, LG e SG superiores ou iguais a um), que não levam em consideração a realidade do setor. Os apontamentos feitos pelos respondentes vão em consonância com os resultados obtidos nas pesquisas de Rodrigues et al. (2017), que constataram variações em indicadores de liquidez que vão de 0,59 a 2,66 entre os setores econômicos e Oliveira (2021), que constatou a necessidade de métrica específica para licitações das concessões de aeroportos.

A pesquisa de Dalescio et al. (2022), realizada com concessionárias do serviço público de saneamento básico entre os exercícios de 2016 a 2019, apurou que 62,5% das prestadoras atingiram os indicadores previstos no Decreto 10.710/21, comprovando assim que possuem capacidade econômico-financeira para cumprir as metas de universalização do novo marco legal do saneamento básico. Quando analisado se as mesmas empresas estariam aptas a participar de uma licitação para concessão dos serviços públicos de saneamento básico, o resultado apurado aponta que apenas 20,83 % atingem os indicadores financeiros usualmente adotados em processos licitatórios, ou seja, menos de um terço das empresas consideradas financeiramente capazes de cumprir as metas de universalização estariam habilitadas, o que pode vir a restringir o caráter competitivo do certame.

Nas licitações gerais a etapa de habilitação econômico-financeira tem foco na capacidade de pagamento, imediata, da licitante, enquanto que nas licitações para concessões de serviços públicos, por serem celebrados contratos de longo prazo, o foco dessa etapa é na continuidade operacional da empresa, objetivando ampliar o atendimento (universalização) e até mesmo diminuir a possibilidade de eventuais interrupções no fornecimento do serviço licitado (ENGEL et al., 2007; CHARLES et al., 2021), ou seja, não é possível tratar licitações gerais e concessão dos serviços de saneamento básico da mesma maneira, utilizando a mesma metodologia para habilitação econômico-financeira (DALESCIO et al., 2022).

Embora a etapa de habilitação econômico-financeira seja de vital importância para análise da capacidade de continuidade da empresa, inclusive, em alguns casos, substituindo parcialmente a etapa de qualificação técnica (GARCIA; CYRINO, 2021), as pesquisas indicam que nos moldes atuais as informações contábeis estão sendo utilizadas mais como cumprimento de formalidade, com o intuito de legitimar o processo, do que para garantir uma correta habilitação econômico-financeira, aumentando assim a vulnerabilidade do setor público ao risco de não cumprimento contratual (AZEVEDO; RIBEIRO, 2020; RIBEIRO et al., 2021a, 2021b).

1.2. Análise de risco de insolvência

Indicadores financeiros são frequentemente utilizados para avaliar modelos de previsão de insolvência, como nos casos das pesquisas de Soares e Rebouças (2014), Scalzer et al. (2015) e Rezende et al. (2017), sendo bastante utilizados na literatura de análises financeiras de empresas, estrutura de capitais, de liquidez, de endividamento, de rentabilidade e níveis de atividade (BEZERRA et al., 2019).

Para fins de habilitação econômico-financeira em licitações, usualmente adota-se apenas indicadores de liquidez (Corrente e Geral) e endividamento (Solvência Geral) (BRASIL, 2018). A métrica estabelecida pelo novo marco legal do saneamento diferencia-se da usualmente adotada ao trazer dois indicadores de rentabilidade (EBDA e ROE) (BRASIL, 2021b), mostrando-se mais em consonância com os indicadores adotados no modelo de previsão de insolvência de Kanitz (1974) e pesquisas que indicam a necessidade de adoção de tais indicadores (MALTA et al., 2020; SOUZA, 2020; RIBEIRO et al., 2021a).

Por meio do uso da análise discriminante multivariada, Kanitz foi o percussor no uso de empresas brasileiras em teste de previsão de insolvência (PEREIRA; MARTINS, 2015). Kanitz criou um modelo com cinco índices para fazer previsão de falência e criou uma escala variando de -7 a 7, o chamado termômetro da insolvência para as empresas brasileiras

(ASSIS; MARTINS, 2017). Para desenvolver o modelo, Kanitz analisou as demonstrações contábeis de 5000 empresas brasileiras, selecionando aleatoriamente 21 empresas que faliram entre os anos de 1972 e 1974 e, também de forma aleatória, 21 empresas que não faliram no período citado (DE SOUZA; DOS SANTOS, 2013). O modelo foi capaz de classificar corretamente empresas solventes com acurácia de 80% (PEREIRA; MARTINS, 2015).

Embora o modelo de Kanitz baseie-se em indicadores de liquidez, tais indicadores são utilizados em conjunto com indicadores de rentabilidade e endividamento, confirmando o entendimento de Kanitz de que modelos, por adotarem conjunto de indicadores, têm melhor desempenho que os índices quando utilizados isoladamente (SILVA, 2008). O uso de indicadores de rentabilidade no modelo de Kanitz (1974) corrobora as pesquisas de Du Jardin (2015, 2017) e Li e Wang (2018), onde consideram que tais indicadores são imprescindíveis na análise da capacidade financeira da empresa quando se trata de previsão de insolvência (PEREIRA; MARTINS, 2015).

A inadimplência tem um grande impacto na economia nacional, incluindo o enfraquecimento da produtividade, redução do emprego e redução do consumo, além de impacto direto nos funcionários, investidores e credores da empresa (ZORN, 2018). Se for possível prevê-la ou avaliar potencial risco com antecedência, os gestores da empresa poderão tomar medidas preventivas antecipadamente para evitá-la ou minimizar seus efeitos (ARORA et al., 2018).

Liang et al. (2016) investigaram o impacto de índices financeiros na previsão de falência. Eles usaram dados de 95 índices financeiros e 95 indicadores de governança corporativa de 239 falidas e 239 empresas normais de Taiwan durante o período de 1999 a 2009. Chegaram à conclusão que os índices financeiros sozinhos tendem a ter um desempenho melhor como preditores de falência do que as variáveis de governança corporativa sozinhas. Os resultados mostram ainda que indicadores de endividamento e rentabilidade são os que melhor fornecem a previsão de falência.

Considerando a literatura atual sobre habilitação econômico-financeira e a nova regulamentação sobre saneamento básico e a importância de realizar um estudo acerca dos indicadores contábeis mais vantajosos a serem utilizados em um processo licitatório para concessão do serviço público de saneamento básico adotou-se a seguinte hipótese de pesquisa:

Hipótese: A metodologia estabelecida pelo Decreto 11.598/23 se mostra mais vantajosa em relação à usualmente adotada para fins de habilitação econômico-financeira em licitações para concessão dos serviços públicos de saneamento básico.

2. METODOLOGIA DE PESQUISA

2.1. Amostra

Os dados utilizados na presente pesquisa foram coletados do SNIS, sistema criado em 1996 por meio do Programa de Modernização do Setor Saneamento (PMSS), com iniciativa do Ministério das Cidades. O sistema foi estruturado como um banco de dados administrado na esfera federal, contemplando informações institucionais, operacionais e financeiras. A alocação de recursos públicos federais e financiamento com recursos da União estão condicionados ao fornecimento de informações atualizadas para o SNIS, fazendo com que haja ampla adesão por parte das prestadoras.

A amostra da presente pesquisa é composta pelas prestadoras do serviço com abrangência regional, o que corresponde 76% dos municípios brasileiros atendidos com saneamento básico. O SNIS e a Lei 11.445/2007, que instituiu o primeiro marco legal do saneamento básico, definem a prestação regionalizada de serviços públicos de saneamento básico como um único prestador para grandes grupos de municípios, limítrofes uns dos outros, dentro do mesmo estado.

Atualmente existem 28 prestadoras de serviço público de saneamento básico com abrangência regional no Brasil. As empresas são controladas pelo governo do estado no qual prestam serviço, sendo prioritariamente constituídas como Sociedade de Economista Mista. A exceção é a Saneatins, empresa privada pertencente ao grupo Odebrecht Ambiental.

A Depasa, localizada no Acre e a ATS do Tocantins, são organizadas sob forma de autarquia e não têm seus dados de balanço inseridos no SNIS. A Caesa do Amapá foi excluída da amostra por apresentar resultados zerados em algum indicador no período analisado. Após a exclusão das empresas anteriormente citadas, restaram 25 empresas para compor a amostra do presente estudo.

Os dados dos indicadores das 25 empresas que compõem a amostra foram extraídos do SNIS. A última coleta de dados publicada pelo SNIS refere-se ao exercício de 2021, portanto o período analisado, que compreende os cinco últimos exercícios financeiros disponíveis, abrange os anos de 2017 a 2021.

2.2. Relação dos indicadores analisados

Foram analisados os indicadores econômico-financeiros previstos no Decreto 11.598/2023 e na IN 03 de 2018. Nas tabelas 1 e 2 consta a relação dos índices utilizados, fórmula de cálculo, interpretação do indicador e sua abreviação.

Tabela 1. *Relação dos Indicadores previstos no Decreto 11.598/2023*

INDICADOR	FÓRMULA	INTERPRETAÇÃO	ABREVIACÃO DA VARIÁVEL
Grau de Endividamento	$\frac{\text{Passivo circulante} + \text{Exigível a Longo Prazo}}{\text{Ativo Total}}$	Representa o quanto a empresa tomou de recursos de terceiros para cada real de capital próprio.	GE
Retorno Sobre Patrimônio Líquido	$\frac{\text{Lucro Líquido}}{\text{Patrimônio Líquido}} \times 100$	Representa a taxa de rentabilidade auferida pelo capital próprio da empresa;	ROE
Margem Líquida sem Depreciação e Amortização	$\frac{\text{Receita operacional} / \text{Lucro Líquido sem Depreciação e Amortização}}{\text{Lucro Líquido sem Depreciação e Amortização}} \times 100$	Representa o quanto a empresa gerou em suas atividades operacionais, descontados os efeitos da depreciação e amortização.	EBDA
Índice de Suficiência de Caixa	$\frac{\text{Arrecadação Total} / (\text{Despesas de Exploração (DEX)} + \text{Despesas com amortizações do serviço da dívida} + \text{Despesas com juros e encargos do serviço da dívida} + \text{Despesas fiscais ou tributárias não computadas na DEX})}{\text{Despesas com amortizações do serviço da dívida} + \text{Despesas com juros e encargos do serviço da dívida} + \text{Despesas fiscais ou tributárias não computadas na DEX}} \times 100$	Permite realizar o balanço entre a arrecadação e as despesas correntes. Demonstra a capacidade de caixa para pagamento das despesas correntes indicando a situação financeira dos prestadores de serviços.	ISC

Fonte: SNIS (2022).

Para efeito de análise, mediante uso de estatística descritiva, foi obtida a mediana dos indicadores no período e verificado o comportamento das empresas em relação aos referenciais mínimos previstos no Decreto nº 11.598/2023 (GE, ROE, EBDA e ISC).

Para fins de avaliação da capacidade econômico-financeira da concessionária de cumprir as metas de universalização, a mediana dos indicadores dos últimos cinco exercícios exigíveis deve apresentar os seguintes resultados: índice de grau de endividamento (GE) inferior ou igual a um; índice de retorno sobre patrimônio líquido (ROE) superior a zero; índice de margem líquida sem depreciação e amortização (EBDA) superior a zero; e índice de suficiência de caixa (ISC) superior a um (BRASIL 2023).

Posteriormente foram montadas as tabelas contendo o estado onde o serviço é prestado e a sigla do prestador, a mediana obtida referente aos cinco exercícios analisados (2017 a 2021) e a informação se cumpre os referenciais mínimos.

Tabela 2. *Relação dos Indicadores previstos na IN 03 de 2018*

INDICADOR	FÓRMULA	INTERPRETAÇÃO	ABREVIACÃO DA VARIÁVEL
Liquidez Corrente	Ativo Circulante / Passivo Circulante	Relaciona o quanto a empresa dispõe, imediatamente disponíveis e conversíveis em dinheiro, com relação às dívidas de curto prazo.	LC
Liquidez Geral	(Ativo Circulante + Realizável a Longo Prazo) / Passivo Circulante + Exigível a Longo Prazo)	Mede a capacidade que a empresa tem de pagar suas dívidas de curto e longo prazo com os seus direitos realizáveis, ou seja, sem se desfazer de seus imobilizados e intangíveis.	LG
Solvência Geral	Ativo Total / (Passivo circulante + Exigível a Longo Prazo)	Representa o quanto a empresa tomou de recursos de terceiros para cada real de capital próprio.	SG

Fonte: Schrickel (2000), Assaf Neto (2010), Iudicibus (2017) e SNIS (2022).

Em relação aos indicadores usualmente adotados em processos licitatórios (LC, LG e SG), cumpre ressaltar que, conforme previsão na legislação vigente, os dados utilizados referem-se ao último exercício disponível (2021).

Os resultados esperados são: Liquidez Corrente (LC), Liquidez Geral (LG) e Solvência Geral (SG) superiores ou iguais a um (BRASIL, 2018).

Na análise de resultado foi utilizado o GE, indicador disponibilizado pelo SNIS, no lugar do SG. Conforme as fórmulas apresentadas nas tabelas 1 e 2, trata-se apenas da inversão de dividendo e divisor, alterando o resultado pretendido de igual ou acima de 1 (SG) para abaixo ou igual a 1 (GE), sem alterações nos resultados obtidos.

2.3. Análise de solvência

A fim de verificar a capacidade de ambas as metodologias de selecionar empresas com características semelhantes a empresas solventes, foi realizado teste de previsão de insolvência e o modelo utilizado foi o proposto por Kanitz (1974). O modelo foi desenvolvido utilizando empresas brasileiras e se propõe a analisar se é provável ou não que determinada empresa venha a falir, principalmente no curto prazo (ASSIS; MARTINS, 2017). Foi analisado o último exercício financeiro disponível, o ano de 2021.

O modelo proposto por Kanitz (1974), apresenta a seguinte fórmula:

$$K = 0,05X1 + 1,65X2 + 3,55X3 - 1,06X4 - 0,33X5$$

Onde:

K= Fator de Insolvência.

X1= índice de rentabilidade do patrimônio líquido (ROE).

X2= índice de liquidez geral (LG).

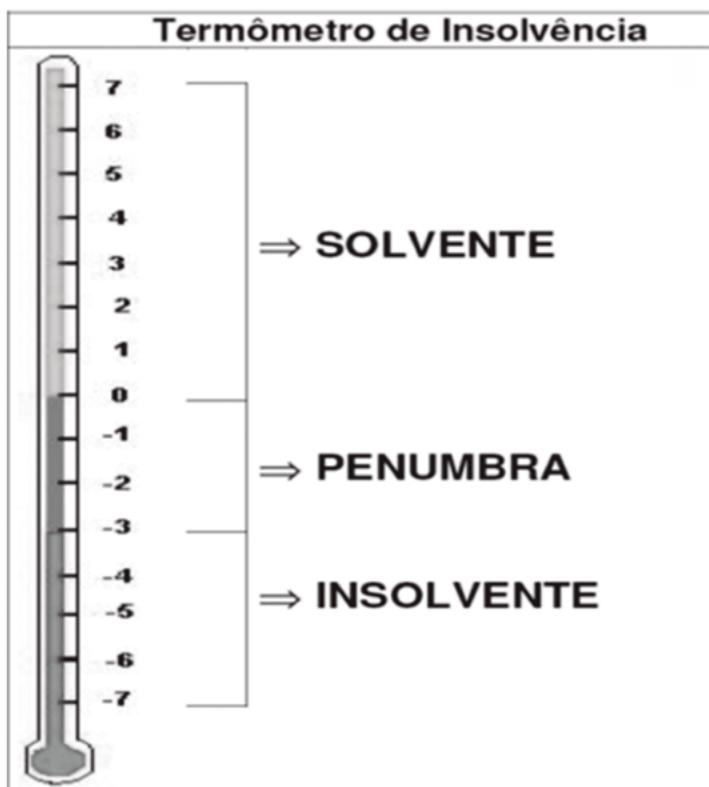
X3= índice de liquidez seca (LS).

X4= índice de liquidez corrente (LC).

X5= índice de grau de endividamento (GE).

Resultados abaixo de -3 indicam que a empresa se encontra numa provável situação de falência, podendo-se afirmar, segundo o modelo proposto, que ela terá 94% de possibilidade de falir no prazo de um ano. Resultados entre -3 e 0, a situação da empresa é considerada indefinida, com uma espécie de penumbra. Fator de insolvência positivo (acima de zero) indica que são menores as possibilidades da empresa analisada vir a falir, sendo que essa possibilidade diminui à medida que o fator positivo for maior (Kanitz, 1974, 1976, 1978). A figura 1 traz o Termômetro de Insolvência desenvolvido por Kanitz.

Figura 1. *Termômetro de Insolvência de Kanitz*



Fonte: Kanitz (1974)

Entre alguns estudos recentes que adotaram o modelo proposto por Kanitz (1974) podemos citar de Souza e dos Santos (2013), Assis e Martins (2017), Rodrigues (2017), de Menezes e de Melo (2017) e Reis et al. (2021).

3. ANÁLISE DOS RESULTADOS

3.1. Indicadores previstos no Decreto 11.598/2023

A partir da base de dados composta pelos dados extraídos do SNIS, as técnicas estatísticas foram executadas em busca do objetivo proposto para a pesquisa. Os resultados referentes aos indicadores de capacidade econômico-financeira das empresas que prestam serviços de saneamento no Brasil de forma regionalizada estão apresentados nas tabelas 3 e 4.

Tabela 3. Resultado dos indicadores previstos no Decreto 11.598/23

ESTADO	SIGLA DO PRESTADOR	INDICADOR				CUMPRE OS REFERENCIAIS MÍNIMOS?
		GE	ROE	EBDA	ISC	
Alagoas	CASAL	1,99	-11,22	6,16	1,17	NÃO
Amazonas	COSAMA	0,88	-37,40	-37,61	0,18	NÃO
Bahia	EMBASA	0,27	4,12	19,43	1,18	SIM
Ceará	CAGECE	0,36	5,75	16,27	1,26	SIM
Distrito Federal	CAESB	0,60	8,82	10,99	1,11	SIM
Espírito Santo	CESAN	0,20	6,97	28,74	1,38	SIM
Goiás	SANEAGO	0,47	12,03	17,88	1,04	SIM
Maranhão	CAEMA	0,71	-6,12	-5,57	0,64	NÃO
Mato grosso do Sul	SANESUL	0,25	10,49	18,87	1,23	SIM
Minas Gerais	COPASA	0,44	10,25	26,15	1,54	SIM
Minas Gerais	COPANOR	0,67	5,81	28,78	0,74	NÃO
Pará	COSANPA	0,75	-35,43	-62,92	0,52	NÃO
Paraíba	CAGEPA	0,38	12,22	14,85	1,10	SIM
Paraná	SANEPAR	0,47	17,71	27,96	1,25	SIM
Pernambuco	COMPESA	0,24	3,55	14,14	1,01	SIM
Piauí	AGESPISA	1,73	31,32	-51,68	0,70	NÃO
Rio de Janeiro	CEDAE	0,52	4,93	10,56	1,42	SIM
Rio Grande do Norte	CAERN	0,39	1,26	13,94	1,18	SIM
Rio Grande do Sul	CORSAN	0,58	15,79	14,41	1,19	SIM
Rondônia	CAERD	3,85	4,63	48,37	0,65	NÃO
Roraima	CAER	4,54	24,10	-74,60	0,65	NÃO
Santa Catarina	CASAN	0,63	8,78	16,95	0,97	SIM*
São Paulo	SABESP	0,55	16,80	29,66	1,20	SIM
Sergipe	DESO	0,17	0,29	7,23	1,01	SIM
Tocantins	SANEATINS	0,96	23,95	17,10	1,13	SIM

Fonte: Mediana do período de 2017 a 2021 calculada a partir dos dados extraídos do SNIS (2022).

*Por arredondamento, foi considerado que a empresa CASAN atingiu 1 no indicador ISC no período analisado.

Para fins de avaliação da capacidade econômico-financeira da concessionária de cumprir as metas de universalização, a mediana dos indicadores dos últimos cinco exercícios exigíveis deve apresentar os seguintes resultados: índice de grau de endividamento (GE) inferior ou igual a um; índice de retorno sobre patrimônio líquido (ROE) superior a zero; índice de margem líquida sem depreciação e amortização (EBDA) superior a zero; e índice de suficiência de caixa (ISC) superior a um (BRASIL 2023).

A partir dos resultados acima demonstrados, podemos constatar que das 25 companhias analisadas, 17 atingiram, cumulativamente, os referenciais mínimos previstos no decreto, ou seja, a maioria das prestadoras de serviços de saneamento no Brasil tem sua capacidade econômico-financeira comprovada pelos indicadores propostos. Em números percentuais a quantidade de empresas que atingiram os referenciais representa 68 %, contra 32 % que não atingiram.

Foram identificados casos em que as companhias atingiram os percentuais mínimos para apenas alguns indicadores: 4% das companhias atingiram três dos quatro indicadores; 8% das companhias atingiram dois dos quatro indicadores; e 20% atingiram apenas um indicador. Não houve nenhuma empresa que não atingiu os referenciais mínimos de nenhum indicador.

Entre as sete companhias estaduais que não atingiram, cumulativamente, os referenciais mínimos, seis delas localizam-se na região norte e nordeste do país. Os resultados indicam que tais empresas não possuem capacidade econômico-financeira para atingir as metas de universalização, corroborando os estudos publicados pelo SNIS (2022), que indicam as duas regiões como as menos abastecidas pelos serviços de saneamento básico e as pesquisas de Massa e Chiavegatto Filho (2020), que aponta desigualdades na distribuição dos serviços e de da Silva et. al. (2022), que estabelece correlação entre a falta de saneamento básico e problemas de saúde pública na região nordeste.

A metodologia analisada na Tabela 3 diferencia-se da usualmente adotada em processos licitatórios por adotar indicadores de rentabilidade. A adoção de tais indicadores vai em consonância com as pesquisas de Malta et al. (2020), Souza (2020) e Ribeiro et al. (2021a), que apontam que a adoção de tais indicadores na etapa de habilitação econômico-financeira pode vir a trazer mais segurança de que a licitante não deixará de cumprir o objeto do contrato por problemas financeiros e ainda o modelo de previsão de insolvência de Kanitz (1974), que utiliza indicadores de rentabilidade.

Trata-se ainda de metodologia desenvolvida especificamente para verificar a capacidade econômico-financeira das prestadoras de cumprir as metas de universalização propostas pelo novo marco legal do saneamento básico, ou seja, que leva em consideração a realidade do setor econômico. Não levar em consideração a realidade do setor econômico no qual a licitante está inserida foi um problema apontado nas pesquisas de Rodrigues et al. (2017) e Oliveira (2021).

3.2. Indicadores previstos IN 03 de 2018

Em seguida, analisou-se se o mesmo grupo de empresas atinge os indicadores usualmente adotados em processos licitatórios (LC, LG e GE). Cumpre ressaltar que a lei de licitações limita a exigência da documentação relativa à habilitação econômico-financeira, ou seja, as demonstrações

contábeis, ao último exercício social, motivo pelo qual foram utilizados apenas os dados do exercício de 2021. Os resultados estão expostos na Tabela 4.

Tabela 4. Resultado dos indicadores usualmente adotados em licitação

ESTADO	SIGLA DO PRESTADOR	INDICADOR			CUMPRE OS REFERENCIAIS MÍNIMOS?
		LC	LG	GE	
Alagoas	CASAL	1,21	0,74	1,35	NÃO
Amazonas	COSAMA	0,53	0,44	0,88	NÃO
Bahia	EMBASA	1,73	1,12	0,23	SIM
Ceará	CAGECE	2,73	0,79	0,46	NÃO
Distrito Federal	CAESB	1,30	1,21	0,60	SIM
Espírito Santo	CESAN	1,35	4,97	0,20	SIM
Goiás	SANEAGO	1,81	0,84	0,48	NÃO
Maranhão	CAEMA	0,76	1,43	0,70	NÃO
Mato Grosso do Sul	SANESUL	2,40	3,62	0,28	SIM
Minas Gerais	COPASA	1,36	0,91	0,47	NÃO
Minas Gerais	COPANOR	1,64	9,59	0,16	SIM
Pará	COSANPA	0,15	0,20	0,69	NÃO
Paraíba	CAGEPA	2,15	2,85	0,35	SIM
Paraná	SANEPAR	1,48	0,57	0,47	NÃO
Pernambuco	COMPESA	2,43	0,60	0,26	NÃO
Piauí	AGESPISA	0,11	0,15	1,95	NÃO
Rio de Janeiro	CEDAE	1,89	0,75	0,54	NÃO
Rio Grande do Norte	CAERN	1,80	2,66	0,38	SIM
Rio grande do Sul	CORSAN	1,38	1,15	0,59	SIM
Rondônia	CAERD	0,52	0,06	5,00	NÃO
Roraima	CAER	0,07	0,05	7,46	NÃO
Santa Catarina	CASAN	1,08	0,33	0,58	NÃO
Sergipe	DESO	1,49	0,63	0,16	NÃO
São Paulo	SABESP	1,28	0,27	0,53	NÃO
Tocantins	SANEATINS	0,98	0,25	0,94	NÃO

Fonte: SNIS (2022) com adaptações. Dados referentes ao exercício de 2021.

Segundo os dados do SNIS, para o ano de referência de 2021, apenas 8 das 25 empresas atingiram os parâmetros previstos na IN 03 de 2018, quais sejam, LC e LG superiores ou iguais a 1 e GE inferior ou igual a 1. Das oito empresas que atingiram os indicadores comumente utilizados em licitações públicas, sete cumpriram os referenciais mínimos previstos no Decreto nº 11.598/23, sendo que a empresa COPANOR foi a única empresa que atingiu os parâmetros previstos na IN 03 de 2018 e não atingiu os referenciais mínimos propostos pelo novo marco legal do saneamento básico.

Os resultados demonstram que 32% das companhias estaduais de saneamento básico estariam habilitadas a participar de uma licitação para concessão de serviços de saneamento, ou seja, pouco menos da metade das companhias que tem capacidade econômico-financeira para atingir as metas de universalização do novo marco legal do saneamento, o que pode culminar em restrição ao caráter competitivo do certame. Mais participantes significa maior concorrência, o que pode culminar em melhores serviços (manutenção e expansão) e menores tarifas, conforme apontamentos da pesquisa de Dalescio et al. (2022).

Das 17 empresas que não cumpriram os requisitos da referida instrução normativa, aproximadamente 59% das companhias atingiram dois dos três indicadores, enquanto cerca de 23% das companhias atingiram apenas um dos três indicadores. Foi observado que 18% não atingiu nenhum dos três indicadores, sendo que as três empresas inseridas nesse último grupo, AGESPISA (PI), CAERD (RO) e CAER (RR) estão entre o grupo de prestadoras que cumpriram apenas um entre os quatro requisitos previstos no Decreto nº 11.598/23. Note-se que as três empresas são da região norte e nordeste, corroborando os resultados das pesquisas de Massa e Chiavegatto Filho (2020), Leoneti et al. (2011) e da Silva et. al. (2022).

Entre as prestadoras que atingiram dois dos três indicadores, 90% delas não atingiram apenas o indicador de liquidez geral (LG). O resultado obtido corrobora os resultados das pesquisas de Rodrigues et al. (2017), Ribeiro et al., (2020, 2021a, 2021b), Azevedo e Ribeiro (2020) e Oliveira (2021), comprovando que a utilização de indicadores padronizados, que não levam em consideração a realidade do setor econômico ao qual as empresas estão inseridas, não refletem a realidade do mesmo, fazendo com que a cobrança de tais indicadores constitua em mero cumprimento de formalidade e que a informação contábil seja percebida com baixa qualidade pelos agentes que integram o processo.

4. ANÁLISE DE SOLVÊNCIA

Para análise de solvência optou-se pelo uso da análise discriminante multivariada e o modelo utilizado foi o apresentado em 1974 por Kanitz.

Foram analisadas as 17 empresas que cumprem os referenciais mínimos propostos pelo Decreto nº 11.598/23 e a única empresa que cumpre os indicadores da IN 03 de 2018 e não cumpre os indicadores do novo marco legal do saneamento básico, a COPANOR.

Espera-se que as empresas apresentem resultado positivo (acima de zero), o que indica que são menos propensas a falências. Resultados entre -3 e 0 indicam que a situação da empresa é considerada indefinida, como se estivesse uma espécie de penumbra. Resultados abaixo de -3 indicam que a empresa se encontra numa provável situação de falência (Kanitz, 1974, 1976, 1978).

Os dados foram coletados da base de dados do SNIS e o cálculo foi realizado tendo como referência o último exercício financeiro disponível, ou seja, o ano de 2021. Os resultados estão expostos na Tabela 5.

Tabela 5. Resultado da análise de solvência – Termômetro de Kanitz

ESTADO	SIGLA DO PRESTADOR	FATOR DE INSOLVÊNCIA	SOLVENTE?
Bahia	EMBASA	6,27	SIM
Ceará	CAGECE	8,13	SIM
Distrito Federal	CAESB	5,31	SIM
Espírito Santo	CESAN	11,70	SIM
Goiás	SANEAGO	6,04	SIM
Mato Grosso do Sul	SANESUL	11,67	SIM
Minas Gerais	COPASA	4,99	SIM
Minas Gerais	COPANOR	19,93	SIM
Paraíba	CAGEPA	10,56	SIM
Paraná	SANEPAR	5,22	SIM
Pernambuco	COMPESA	6,90	SIM
Rio de Janeiro	CEDAE	5,76	SIM
Rio Grande do Norte	CAERN	8,00	SIM
Rio Grande do Sul	CORSAN	5,55	SIM
Santa Catarina	CASAN	2,96	SIM
São Paulo	SABESP	3,88	SIM
Sergipe	DESO	4,79	SIM
Tocantins	SANEATINS	3,81	SIM

Fonte: SNIS (2022) com adaptações. Dados referentes ao exercício de 2021.

Os resultados obtidos confirmam, de forma integral, a capacidade da metodologia estabelecida pelo Decreto nº 11.598/23 de selecionar empresas com características semelhantes a empresas solventes, trazendo segurança em relação a continuidade das atividades operacionais das prestadoras dos serviços públicos de saneamento básico, constituindo assim uma ferramenta importante para revisão da lei de licitações.

Embora o modelo de Kanitz baseie-se em indicadores de liquidez (LG, LS e LC), tais indicadores são utilizados em conjunto com indicadores de rentabilidade e endividamento, confirmando o entendimento de Kanitz de que modelos, que adotam conjunto de indicadores, têm melhor desempenho que os índices quando utilizados isoladamente (SILVA, 2008). O uso de indicadores de rentabilidade no modelo de Kanitz (1974), corrobora as pesquisas de Du Jardin (2015, 2017) e Li e Wang (2018), onde consideram que tais indicadores são imprescindíveis na análise da capacidade financeira da empresa quando se trata de previsão de insolvência (PEREIRA; MARTINS, 2015).

CONCLUSÃO

O novo marco legal do saneamento básico instituiu metas para a universalização dos serviços públicos de saneamento básico, determinando que até 2033 99% da população seja atendida com água potável e 90% com rede coletora e tratamento de esgoto. Como forma de analisar a capacidade econômico-financeira das prestadoras de realizar os investimentos necessários para atingimento das metas de universalização, foi criada uma metodologia específica para o setor.

Ao contrário da Lei de Licitações, que prevê apenas o uso de indicadores de liquidez e endividamento, a métrica estabelecida pelo novo marco legal do saneamento básico inova ao trazer dois indicadores de rentabilidade, além de um indicador de liquidez e um de endividamento. A métrica mostra-se em consonância com o modelo de previsão de insolvência de Kanitz (1974), bem como pesquisas citadas no presente estudo, que indicam que a utilização de indicadores de rentabilidade pode trazer maior segurança ao processo licitatório.

Os resultados obtidos apontam que a métrica usualmente adotada mostra-se mais restritiva que a proposta pelo novo marco legal do saneamento básico. Apenas oito empresas, o que representa 32% das companhias estaduais de saneamento básico analisadas, estariam habilitadas a participar de uma licitação para concessão dos serviços públicos de saneamento básico se utilizados os indicadores usualmente adotados. Com a métrica estabelecida pelo novo marco legal do saneamento, 17 empresas, o que representa 68% da amostra, estariam habilitadas a participar do certame, ou seja, mais que

o dobro, sem, contudo, aumentar o risco para administração pública, uma vez que o modelo foi aprovado de forma integral no teste de previsão de insolvência de Kanitz (1974).

Entre as vantagens no uso do conjunto de indicadores propostos pelo Decreto nº 11.598/23 nas licitações para concessões do serviço público de saneamento básico em relação àqueles usualmente adotados em processos licitatórios no Brasil, podemos elencar: i) metodologia especificamente criada para o setor de saneamento de básico, ou seja, leva em consideração a realidade econômica do setor; ii) uso de indicadores de rentabilidade; iii) cálculo dos indicadores a partir da mediana dos cinco últimos exercícios financeiros, o que permite análise de tendências; iv) ampliação da quantidade de empresas aptas a participar da licitação para concessão dos serviços, aumentando o caráter competitivo do certame, sem aumentar o risco para a administração pública, uma vez que, conforme teste de previsão de insolvência aplicado, mostrou-se capaz de selecionar empresas solventes.

Em um país onde apenas 55% da população é atendida com tratamento de esgoto - sendo que nas regiões norte e nordeste esses índices caem, respectivamente, para 13,1% e 30,3%, dada a importância do saneamento básico como vetor de desenvolvimento social e econômico e seus impactos na qualidade de vida, na saúde, no meio ambiente e no trabalho - a adoção de uma métrica mais conservadora, que não leva em consideração a realidade do setor, faz uso de indicadores padronizados e que é percebida como um mero cumprimento de formalidade, ao restringir a quantidade de empresas habilitadas, pode ser prejudicial ao objetivo pretendido de universalização dos serviços públicos de saneamento básico.

Portanto, a hipótese de pesquisa, de que a metodologia estabelecida pelo Decreto n.º 11.598/23 se mostra mais vantajosa em relação à usualmente adotada para fins de habilitação econômico-financeira em licitações para concessão dos serviços públicos de saneamento básico, pela série de vantagens anteriormente citadas, não foi refutada. Trata-se de uma metodologia com potencial para facilitar a universalização dos serviços e importante instrumento para revisão da legislação sobre habilitação econômico-financeira em licitações para concessão dos serviços públicos de saneamento básico no Brasil. Cabe ressaltar que, por tratar-se de uma metodologia relativamente recente, faz-se necessário o aprofundamento em pesquisas sobre o tema e, até mesmo, críticas que visem o aperfeiçoamento do modelo.

REFERÊNCIAS

ABCON - Associação Brasileira das Concessionárias privadas de serviços públicos de água e esgoto e KPMG consultoria limitada. *Quanto custa universalizar o saneamento no Brasil?* São Paulo, 2020.

ARORA, Lalit; KUMAR, Shailendra; VERMA, Piyush. The anatomy of sustainable growth rate of Indian manufacturing firms. *Global Business Review*, v. 19, n. 4, p. 1050-1071, 2018.

ASSAF NETO, Alexandre. *Estrutura e Análise de Balanços: um enfoque econômico-financeiro*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ASSIS, Lenize Machado de; MARTINS, Marco Antônio dos Santos. Aplicação do termômetro de Kanitz a partir da evidenciação de indicadores econômico-financeiros de empresas listadas na BM&FBOVESPA. *RGJN-Revista Gestão, Sustentabilidade e Negócios*, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 62-80, 2017.

AZEVEDO, Ricardo Rocha de; RIBEIRO, Rafael Borges. A relevância (des) percebida da informação contábil. *Revista Mineira de Contabilidade*, v. 21, n. 2, p. 4-9, 2020.

BEZERRA, Elenildo Santos; LAGIOIA, Umbelina Cravo Teixeira; DE LIMA PEREIRA, Mércia. Indicadores financeiros, macroeconômicos e de governança corporativa na previsão de insolvência em empresas da B3. *Contabilidade Gestão e Governança*, v. 22, n. 3, p. 405-422, 2019.

BRASIL. *Lei nº 8987, de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre regime de concessão do serviço público e dá outras providências. Regulamenta o art. 175. Diário Oficial da União, Brasília, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987.cons.html. Acesso em: 29 jun. 2022.

BRASIL. *Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007*. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico; cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico; Diário Oficial da União, Brasília, 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11445.htm. Acesso em: 29 jun. 2022.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. *Instrução Normativa nº 3, de 26 de abril de 2018*. Estabelece regras de funcionamento do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - Sicaf, no âmbito do Poder Executivo Federal. Diário Oficial da União, Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/acao-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-3-de-26-de-abril-de-2018>. Acesso em: 09 ago. 2022.

BRASIL. *Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020*. Atualiza o marco legal do saneamento básico e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/14026.htm. Acesso em: 29 jun. 2022.

BRASIL., 2021. *Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021a*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em 28 dez. 22.

BRASIL. *Panorama do Saneamento Básico no Brasil*. Secretaria Nacional de Saneamento do Ministério do Desenvolvimento Regional, Brasília, 2022. Disponível em: http://www.snis.gov.br/downloads/panorama/PANORAMA_DO_SANEAMENTO_BASICNO_NO_BRASIL_SNIS_2022.pdf. Acesso em 28 dez. 22.

BRASIL. *Decreto nº 11.598, de 12 de julho de 2023*. Regulamenta o art. 10-B da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para estabelecer a metodologia para comprovação da capacidade econômico-financeira dos prestadores de serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário, considerados os contratos regulares em vigor, com vistas a viabilizar o cumprimento das metas de universalização previstas no caput do art. 11-B da Lei nº 11.445, de 2007. Diário Oficial da União, Brasília, 2023. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/decreto/D11598. Acesso em: 12 jul. 2023.

CHARLES, Mariana Ribeiro; RODRIGUES, Rafael Felipe Teixeira; OLIVEIRA, Renata de Oliveira e; BARROS, Romildo José Barbosa do Rêgo. A universalização do serviço de saneamento básico e a governança no Estado do Rio de Janeiro. *Simpósio Nacional de Gestão e Engenharia Urbana*, v. 3, p. 45-54, 2021.

CUNHA, Pedro Vinicius Silva; DE OLIVEIRA, Willer Carlos; GOZER, Isabel Cristina. Análise de desempenho das cooperativas de crédito do estado de Santa Catarina: aplicação do sistema Pearls. *Revista de Ciências Empresariais da UNIPAR*, v. 17, n. 1, 2017.

DALESCIO, Sérgio Thiago M. de R.; RECH, Ilirio José; GOMES, Ana Paula Ferreira; MACHADO, Lúcio de Souza. Análise dos Indicadores Econômico-Financeiros das Empresas de Saneamento Frente ao Novo Marco Legal do Saneamento Básico e a Lei de Licitações. In: *22º USP International Conference in Accounting*. São Paulo.

DA SILVA, Kelen Rossales; LEIVAS, Pedro Henrique Soares; SANTOS, Anderson Moreira Aristides dos; HALMENSCHLAGER, Vinícius. Saneamento Básico e Mortalidade Infantil: Uma análise via painel espacial para os municípios brasileiros. *Revista Brasileira de Estudos Regionais e Urbanos*, v. 16, n. 1, p. 29-56, 2022.

DE MENEZES, Garibaldi Oliveira; DE MELO, Geison Calyo Varela. Análise de solvência da empresa Lojas Renner S/A utilizando o termômetro de Kanitz e os índices de liquidez tradicional. *Revista Conhecimento Contábil*, v. 4, n. 1, 2017.

DE SOUZA, Carlos Alberto; DOS SANTOS, Diego Henrique Araújo. A situação econômica e financeira das empresas com negociação suspensa na BOVESPA e os modelos de previsão de falência. *Revista Mineira de Contabilidade*, v. 4, n. 52, p. 6-14, 2013.

DU JARDIN, Philippe. Bankruptcy prediction using terminal failure processes. *European Journal of Operational Research*, 242(1), 286-303, 2015.

DU JARDIN, Philippe. Dynamics of firm financial evolution and bankruptcy prediction. *Expert Systems with Applications*, v. 75, p. 25-43, 2017.

ENGEL, Eduardo; FISCHER, Ronald; GALETOVIC, Alexander. Renegotiation without holdup: Anticipating spending and infrastructure concessions. *Center Discussion Papers 28382*, Yale University, Economic Growth Center, 2006.

GARCIA, Flávio Amaral; CYRINO, André. Concessão de serviço público e engenharia financeira: notas para uma visão contemporânea sobre a qualificação técnica. *Revista de Direito Administrativo*, v. 280, n. 1, p. 37-54, 2021.

IUDÍCIBUS, Sérgio. Análise de balanços. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Um novo modelo de licitações e contratações administrativas?* Justen Pereira Oliveira e Talamini, São Paulo, 2020.

KANITZ, Stephen Charles. Como prever falências. *Revista Exame*. São Paulo, 1974.

KANITZ, Stephen Charles. *Indicadores contábeis financeiros—previsão de insolvência: a experiência da pequena e média empresa brasileira*. Tese (Livre-Docência). – Departamento de Contabilidade da FEA/USP. São Paulo, 1976.

KANITZ, Stephen Charles. *Como prever falências*. McGraw-Hill do Brasil. São Paulo, 1978.

LEONETI, Alexandre Bevilacqua; PRADO, Eliana Leão do; OLIVEIRA, Sonia Valle Walter Borges de. Saneamento básico no Brasil: considerações sobre investimentos e sustentabilidade para o século XXI. *Revista de administração pública*, v. 45, p. 331-348, 2011.

LIANG, Deron et al. Financial ratios and corporate governance indicators in bankruptcy prediction: A comprehensive study. *European journal of operational research*, v. 252, n. 2, p. 561-572, 2016.

MALTA, Jean Michel Santos; COSTA, Thiago de Abreu; ALMEIDA, Sidmar Roberto Vieira. Análise de companhias estatais de saneamento básico: correlação entre índices operacionais e índices econômico-financeiros. *Pensar Contábil*, 2020.

MASSA, Kaio Henrique Correa; CHIAVEGATTO FILHO, Alexandre Dias Porto. Saneamento básico e saúde autoavaliada nas capitais brasileiras: uma análise multinível. *Revista Brasileira de Epidemiologia*, v. 23, p. e200050, 2020.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 22. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2020. 462 p. ISBN 978-65-5518-006-0.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO REGIONAL. *Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS*. Aplicativo Série Histórica. Disponível em: <http://app4.mdr.gov.br/serieHistorica>. Acesso em 25 de fevereiro de 2023.

OLIVEIRA, Rodrigo Lucena. *O impacto das concessões no setor aeroportuário: comparação do desempenho econômico entre aeroportos brasileiros*. Dissertação (Mestrado em Ciências Contábeis) Universidade Federal de Uberlândia. Minas Gerais. 2021.

PEREIRA, Vinicius Silva; MARTINS, Vidigal Fernandes. Estudos de previsão de falências—uma revisão das publicações internacionais e brasileiras de 1930 a 2015. *Revista Contemporânea de Contabilidade*, v. 12, n. 26, p. 163-196, 2015.

PEREIRA, Diogo Oliveira; TEOBALDO, Felipe Meireles. Análise da correlação entre o Indicador de Desempenho Financeiro e um Índice de Investimento com o atendimento de serviços de água e esgoto em municípios do estado do Pará, Brasil. *Brazilian Journal of Development*, v. 7, n. 2, p. 15358-15371, 2021.

REIS, Flavio Heleno Solano et al. Aplicação do método Kanitz para verificação de solvência nas empresas OI S/A e TIM S/A. RECIMA21-*Revista Científica Multidisciplinar*-ISSN 2675-6218, v. 2, n. 2, p. 41-55, 2021.

REZENDE, Felipe Fontaine et al. Previsão de dificuldade financeira em empresas de capital aberto. *Revista Contabilidade & Finanças*, v. 28, p. 390-406, 2017.

RIBEIRO, Rafael Borges; MIRANDA, Gilberto José; DE AZEVEDO, Ricardo Rocha de. A baixa legitimização da qualificação econômico-financeira (qef) percebida pelos stakeholders nas licitações públicas. *Advances in Scientific and Applied Accounting*, p. 185-205, 2021.

RIBEIRO, Rafael Borges; MIRANDA, Gilberto José; DE AZEVEDO, Ricardo Rocha. (Des) legitimização da informação contábil em processos

licitatórios no Brasil. *Revista Contemporânea de Contabilidade*, v. 18, n. 48, p. 72-88, 2021.

RODRIGUES, Brenda Cristina de Oliveira; MIRANDA, Gilberto José; LOURENÇO, Karilene Sousa. Critérios Relativos à Liquidez Exigidos em Editais de Licitação no Brasil. In: *Anais do Congresso USP de Contabilidade e Controladoria*. 2017.

RODRIGUES, Eduardo Nau. Análise de índices financeiros e econômicos em uma empresa de pequeno porte. *Revista Eletrônica Estácio Papirus*, v. 4, n. 1, 2017.

SCALZER, Rodrigo Simonassi; RODRIGUES, Adriano; MACEDO, Marcelo Álvaro da Silva. Insolvência empresarial: um estudo sobre as distribuidoras de energia elétrica brasileiras. *Revista Contemporânea de Contabilidade*, v. 12, n. 27, p. 27-60, 2015.

SCHRICKEL, W. K. Análise de Crédito – Concessão e Gerência de Empréstimos. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

SILVA, José Pereira da. *Gestão e análise de risco de crédito*. 6. ed. São Paulo: Atlas. 2008.

SILVA, Cláudia Serra Wermelinger. Universalização do saneamento básico no Brasil: a agenda 2030, o papel do estado e os impactos da Lei n. 14.026/2020. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 40, n. 1, 2022.

SILVA, Alexandre Caetano da; BASÍLIO SOBRINHO, Geraldo. Indicadores da prestação dos serviços: induzindo transparência, eficiência e eficácia nos serviços públicos de saneamento básico. In: *Regulação: normatização da prestação de serviços de água e esgoto*. Fortaleza: Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará – ARCE, 2008, p.347-367.

SOARES, Rômulo Alves; REBOUÇAS, Sílvia Maria Dias Pedro. Avaliação do desempenho de técnicas de classificação aplicadas à previsão de insolvência de empresas de capital aberto brasileiras. *Revista ADM. MADE*, v. 18, n. 3, p. 40-61, 2015.

SOUZA, Sergio Paulo de. *A Percepção dos Agentes do Ifms Envolvidos na Etapa de Qualificação Econômico-Financeira da licitação e as possíveis causas de descontinuidade dos contratos*. Tese de Doutorado. Instituto Politecnico do Porto (Portugal), 2020.

TCE-SP. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. *Transparência: Painel de Obras Atrasadas ou Paralisadas*. São Paulo, 2022. Disponível em: <https://paineldeobras.tce.sp.gov.br/>. Acesso em 28 jun. 22.

Sérgio Thiago Morais de Rezende Dalescio
Lúcio de Souza Machado

TCU. Tribunal de Contas da União. *Fiscalização de obras* (Fiscoobras, 2021). Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/fiscoobras-2021>. Acesso em 28 jun. 22.

ZORN, Alexander et al. *Financial ratios as indicators of economic sustainability: A quantitative analysis for Swiss dairy farms*. Sustainability, v. 10, n. 8, p. 2942, 2018.

