



ISSN 2318-7999

# Direito

REVISTA DA FACULDADE MINEIRA DE DIREITO



Programa de Pós-graduação  
em Direito

### **COMISSÃO EDITORIAL**

Profa. Dra. Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes  
Profa. Dra. Marinella Machado Araújo  
Profa. Dra. Maria de Fátima Freire de Sá  
Profa. Dra. Maria Cecília Máximo Teodoro

### **CONSELHO EDITORIAL**

Prof. Dr. Carlos Araújo Leonetti  
Prof. Dr. Walter Guandalini Júnior  
Prof. Dr. Rafael Peteffi da Silva  
Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart  
Prof. Dr. Pedro Miranda de Oliveira  
Prof. Dr. Luís Fernando Sgarbossa  
Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves  
Profa. Dra. Maurinice Evaristo Wenceslau  
Prof. Dr. Eduardo de Avelar Lamy  
Profa. Dra. Angela Issa Haonat  
Prof. Dr. Antonio José de Mattos Neto  
Prof. Dr. Luiz Guilherme Arcaro Conci  
Prof. Dr. Nirson Medeiros da Silva Neto  
Prof. Dr. André Gomes de Sousa Alves  
Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo  
Prof. Dr. Jardel de Freitas Soares  
Prof. Dr. João da Cruz Gonçalves Neto  
Prof. Dr. Roberto Senise Lisboa  
Prof. Dr. Nelson Flávio Firmino  
Prof. Dr. Daniel Francisco Nagao Menezes  
Profa. Dra. Cynthia Soares Carneiro  
Prof. Dr. Odorico Ferreira Cardoso Neto  
Prof. Dr. Luís Antonio Bitante Fernandes  
Prof. Dr. Rabah Belaidi Belaidi

### **EDITORES DE SEÇÃO**

Prof. Me. Gabriel de Souza Salema  
Prof. Dr. Igor Alves Noberto Soares  
Profa. Dra. Jamilla Monteiro Sarkis  
Profa. Me. Nayane Costa Nascimento  
Profa. Me. Yollanda Faznezes Soares Bolonezi  
Profa. Me. Marina Caldeira Ladeira  
Prof. Me. Filipe Cesar Lopes

## SUMÁRIO

*INDICE*

*SUMMARY*

<b>EDITORIAL</b>	<b>1-3</b>
<b>Artigos de Fluxo Contínuo</b>	
<b>TEXTURA ABERTA, ZONA DE PENUMBRA E DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DO TESTE DA PROPORCIONALIDADE</b> <i>OPEN TEXTURE, PENUMBRA ZONE, AND JUDICIAL DISCRETION: A CRITICAL ANALYSIS IN LIGHT OF THE PROPORTIONALITY TEST</i> Anizio Pires Gavião Filho José Francisco Dias da Costa Lyra	<b>4-32</b>
<b>O HIGIENISMO SOCIAL CONSTITUÍDO EM SANTA CATARINA COMO POLÍTICA URBANA</b> <i>SANTA CATARINA'S SOCIAL HYGIENISM AS URBAN POLICY</i> Amanda Machado de Liz Camila Damasceno de Andrade Evaldo José Guerreiro Filho	<b>33-54</b>
<b>IDEIAS DE CONTENÇÃO DE ATAQUES À DEMOCRACIA: DE KARL LOEWENSTEIN A GIOVANNI CAPOCCIA</b> <i>IDEAS FOR CONTAINING ATTACKS ON DEMOCRACY: FROM KARL LOEWENSTEIN TO GIOVANNI CAPOCCIA</i> Luana Caroline da Silva Chaves Airto Chaves Junior	<b>55-75</b>
<b>DESENVOLVIMENTO HUMANO E CAPACIDADES: UMA ANÁLISE DO ACESSO À SAÚDE E À JUSTIÇA NAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b> <i>HUMAN DEVELOPMENT AND CAPACITIES: AN ANALYSIS OF ACCESS TO HEALTH AND JUSTICE IN DECISIONS OF THE FEDERAL SUPREME COURT</i> Anna Paula Bagetti Zeifert Luiza Mello Fruet Vitória Agnoletto	<b>76-97</b>
<b>O MÉRITO EM SOCIEDADES PLURAIS: A PERSPECTIVA COMUNITARISTA DE SANDEL E WALZER</b> <i>MERIT IN PLURAL SOCIETIES: THE COMMUNITY PERSPECTIVE BY SANDEL AND WALZER</i> Marcio Renan Hamel	<b>98-113</b>

- DEMOCRACIA REFLEXIVA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO SÉCULO XXI: CONTRIBUTOS À LUZ DA TEORIA DE PIERRE ROSANVALLON** **114-130**  
*REFLECTIVE DEMOCRACY AND CONSTITUTIONALITY CONTROL IN THE 21ST CENTURY: CONTRIBUTIONS IN LIGHT OF PIERRE ROSANVALLON'S THEORY*  
Vinícius Zambiasi  
Criziany Machado Felix Feijó  
José Francisco Dias da Costa Lyra
- SEPARAÇÃO DOS PODERES E (IN)DETERMINAÇÃO JURÍDICA** **131-156**  
*SEPARATION OF POWERS AND LEGAL (IN)DETERMINACY*  
Pablo Biondi
- COLONIALIDADE AMBIENTAL NO BRASIL: REFLEXÕES SOBRE SUA CONEXÃO COM OS DISCURSOS DAS COP26, COP27 E COP28 E A PROMOÇÃO POR JUSTIÇA CLIMÁTICA** **157-180**  
*ENVIRONMENTAL COLONIALITY IN BRAZIL: REFLECTIONS ON ITS CONNECTION WITH THE DISCOURSES OF COP26, COP27 AND COP28 AND THE PROMOTION FOR CLIMATE JUSTICE*  
Sabrina Stoll  
Elenise Felzke Schonardie  
Doglas Cesar Lucas
- FEDERAÇÃO COMO ORGANIZAÇÃO NA TEORIA DE NIKLAS LUHMANN** **181-204**  
*FEDERATION AS AN ORGANIZATION IN THE THEORY OF NIKLAS LUHMANN*  
Luís Antonio Zanotta Calçada  
Janriê Rodrigues Reck
- LIMITES AO EXERCÍCIO DA LIBERDADE RELIGIOSA** **205-228**  
*LIMITS ON THE EXERCISE OF RELIGIOUS FREEDOM*  
Lelio Maximino Lellis
- NOVAS TECNOLOGIAS E O DESVELAR DA CRIPTOARTE: O DIREITO AUTORAL EM TEMPOS DE BLOCKCHAIN** **229-244**  
*NEW TECHNOLOGIES AND THE UNVEILING OF CRYPTOART: COPYRIGHT IN BLOCKCHAIN TIMES*  
Jordana Siteneski do Amaral  
Salette Oro Boff

### *Editorial*

A *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, em seu volume 28, número 56, apresenta ao público acadêmico mais uma edição composta por artigos científicos submetidos em fluxo contínuo, reafirmando seu compromisso com a difusão de pesquisas jurídicas plurais, críticas e metodologicamente consistentes.

A presente edição distingue-se pela diversidade temática que caracteriza os artigos organizados sob essa modalidade editorial, reunindo contribuições que transitam por distintos campos do saber jurídico e dialogam com múltiplos referenciais teóricos. Essa pluralidade reflete a complexidade do fenômeno jurídico contemporâneo e a constante renovação dos desafios enfrentados pela teoria e pela prática do Direito. Trata-se, portanto, de um conjunto de trabalhos que dialoga com questões centrais da teoria e da prática jurídicas, evidenciando a constante renovação dos debates e a capacidade do Direito de se reconfigurar diante de desafios sociais, políticos e tecnológicos em permanente transformação.

Nesse contexto, a pluralidade temática além de ampliar o alcance da revista, fortalece seu papel como espaço de interlocução entre diferentes perspectivas analíticas. Os artigos aqui publicados revelam o empenho de pesquisadoras e pesquisadores em desenvolver investigações consistentes, comprometidas com a qualidade metodológica e com a relevância dos problemas enfrentados.

No campo da teoria do direito e da hermenêutica jurídica, o artigo “Textura aberta, zona de penumbra e discricionariedade judicial: uma análise crítica à luz do teste da proporcionalidade”, de Anizio Pires Gavião Filho e José Francisco Dias da Costa Lyra, investiga os limites da atuação judicial diante da indeterminação normativa, propondo a utilização do teste da proporcionalidade como instrumento de racionalização decisória. Ainda nessa perspectiva, “Separação dos poderes e (in)determinação jurídica”, de Pablo Biondi, examina as tensões entre a estrutura institucional do Estado e a abertura interpretativa do Direito.

No âmbito da teoria política e constitucional, o artigo “Ideias de contenção de ataques à democracia: de Karl Loewenstein a Giovanni Capoccia”, de Luana Caroline da Silva Chaves e Airto Chaves Junior, analisa mecanismos de defesa da ordem democrática diante de ameaças autoritárias. Em diálogo com esse debate, “Democracia reflexiva e controle de constitucionalidade no século XXI: contributos à luz da teoria de Pierre Rosanvallon”, de Vinícius Zambiasi, Criziany Machado Felix Feijó e José Francisco Dias da Costa Lyra, propõe

uma releitura do controle de constitucionalidade à luz das transformações contemporâneas da democracia.

A discussão sobre justiça social e organização política também se faz presente em “O mérito em sociedades plurais: a perspectiva comunitarista de Sandel e Walzer”, de Marcio Renan Hamel, que problematiza a noção de mérito em contextos marcados pela diversidade de valores. De igual modo, “Federação como organização na teoria de Niklas Luhmann”, de Luís Antonio Zanotta Calçada e Janriê Rodrigues Reck, examina a estrutura federativa a partir de uma abordagem sistêmica.

No campo dos direitos fundamentais e das políticas públicas, o artigo “Desenvolvimento humano e capacidades: uma análise do acesso à saúde e à justiça nas decisões do Supremo Tribunal Federal”, de Anna Paula Bagetti Zeifert, Luiza Mello Fruet e Vitória Agnoletto, investiga a atuação do STF sob a perspectiva da teoria das capacidades. Já o trabalho “Limites ao exercício da liberdade religiosa”, de Lelio Maximino Lellis, discute as balizas jurídicas para o exercício desse direito fundamental em sociedades democráticas.

O número também contempla análises críticas de fenômenos sociais e históricos, como em “O higienismo social constituído em Santa Catarina como política urbana”, de Amanda Machado de Liz, Camila Damasceno de Andrade e Evaldo José Guerreiro Filho, que examina práticas de exclusão social sob o prisma das políticas urbanas. Em perspectiva igualmente crítica, “Colonialidade ambiental no Brasil: reflexões sobre sua conexão com os discursos das COP26, COP27 e COP28 e a promoção por justiça climática”, de Sabrina Stoll, Elenise Felzke Schonardie e Doglas Cesar Lucas, problematiza as relações entre meio ambiente, poder e desigualdade no cenário global contemporâneo.

Por fim, no contexto das transformações tecnológicas, o artigo “Novas tecnologias e o desvelar da criptoarte: o direito autoral em tempos de blockchain”, de Jordana Siteneski do Amaral e Salete Oro Boff, analisa os desafios impostos pelas novas formas de produção e circulação de bens digitais ao regime jurídico dos direitos autorais.

Ao reunir perspectivas teóricas, análises críticas e estudos aplicados, este número reafirma o papel da *Revista da Faculdade Mineira de Direito* como espaço qualificado de circulação do conhecimento jurídico. Promovendo o encontro entre distintas matrizes teóricas e campos de investigação, esta edição reafirma a vocação da *Revista da Faculdade Mineira de Direito* como ambiente de circulação de ideias, incentivo à produção científica e fortalecimento do diálogo acadêmico, contribuindo para a consolidação de um pensamento jurídico atento às transformações contemporâneas e comprometido com possíveis respostas qualificadas às complexidades do presente.

Em um contexto marcado por intensas transformações sociais, políticas e tecnológicas, os trabalhos aqui apresentados contribuem para o aprofundamento do debate jurídico e para a construção de respostas comprometidas com os valores democráticos e a efetividade dos direitos fundamentais. Esta edição propõe um exercício de leitura atento e reflexivo, capaz de identificar não apenas os argumentos expostos, mas também seus pressupostos, limites e implicações.

Registramos, por fim, que este número marca o encerramento de um ciclo editorial conduzido pela atual equipe. Ao longo desse período, buscamos contribuir para o fortalecimento da *Revista da Faculdade Mineira de Direito* como espaço plural, crítico e comprometido com a excelência acadêmica.

A partir do próximo volume, uma nova equipe editorial assumirá a condução do periódico, a quem desejamos êxito na continuidade e no aprimoramento deste trabalho. Manifestamos, ainda, nosso sincero agradecimento a todos os editores assistentes, autores e pareceristas que, com dedicação e rigor, tornaram possível a realização desta e das edições anteriores. Sem a colaboração de cada um, não seria possível manter o padrão de qualidade e a relevância científica que caracterizam este periódico.

**Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes**

Editora da Revista da Faculdade Mineira de Direito

## TEXTURA ABERTA, ZONA DE PENUMBRA E DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DO TESTE DA PROPORCIONALIDADE

*OPEN TEXTURE, PENUMBRA ZONE, AND JUDICIAL DISCRETION: A CRITICAL  
ANALYSIS IN LIGHT OF THE PROPORTIONALITY TEST*

Anizio Pires Gavião Filho<sup>1</sup>

*Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior Do Ministério Público*

José Francisco Dias da Costa Lyra<sup>2</sup>

*Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI)*

### **Resumo:**

O estudo, que parte da premissa de que as normas de direitos fundamentais possuem linguagem indeterminada e aberta – princípios constitucionais encobertos por uma zona de penumbra – analisa o rendimento prático-dogmático da aplicação da metodologia argumentativa da proporcionalidade no controle da constitucionalidade das restrições impostas a posições jurídicas fundamentais. Parte-se da assertiva de que como a Constituição encontra-se numa zona de penumbra em face da indeterminação de seus conceitos, há casos conflitivos que não são solucionados pelas regras e pelo método da subsunção, podendo, inclusive, haver mais de uma solução possível ao julgador (caso difícil = colisão de princípios). Nessas hipóteses, procurar-se-á demonstrar que o juiz não decide discricionariamente, senão que de forma argumentativa, a forma representativa do teste de proporcionalidade. De dizer, o juiz tem o dever de argumentar com base em princípios constitucionais, o que não se confunde com escolhas discricionárias. Trata-se de pesquisa que se orienta pelo método empírico-dedutivo, com ênfase na análise dogmática.

### **Palavras-chave:**

Discricionariiedade judicial. Princípios e regras. Textura aberta do direito.

### **Abstract:**

This study analyzes the application of the proportionality argumentative methodology in controlling the constitutionality of interventions in criminal law in fundamental legal positions, especially the right to freedom. In order to do this, we start with the open, or indetermined, texture of law in general, that is, we assume the initial position that the meaning of criminal norms, sometimes (in difficult cases) is indeterminate, presenting alternatives to the judge. However, the latter has the duty to argue based on constitutional principles and not in a discretionary manner. This is what we intend to prove: the proportionality and its judgments control the residues of legal discretion. This research is oriented by the deductive-empirical method, with an emphasis on the dogmatic analysis.

### **Keywords:**

Indigenous peoples. Right to Earth. Federal Constitution of 1988. Time Frame. Supreme Court of Brazil

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela UFRGS. Professor Coordenador do Curso de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público-FMP/RS. Professor Titular da FMP/RS. Procurador de Justiça. E-mail: piresgavião@hotmail.com. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/7774124880944708>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8152-1005>.

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela UNISINOS-RS. Professor do Curso de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Regional do Noroeste-URI, Santo Ângelo-RS. Professor titular da mesma instituição. Juiz de Direito. E-mail: jfdclyra@tjrs.jus.br. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/3248441957258684>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1952-3365>.

## 1. INTRODUÇÃO

É lugar comum na filosofia do direito e na dogmática dos direitos fundamentais a assertiva no sentido de que a linguagem dos sistemas normativos modernos convive com o fenômeno da indeterminação e/ou com a existência de zonas de penumbra, nos quais não se revela possível precisar, de antemão, o real e atual sentido de suas normas. Isso é uma decorrência do caráter linguístico e interpretativo do direito, sobretudo pelo fato de que os sistemas jurídicos atuais, orientados pelo constitucionalismo, são compostos por um complexo conjunto de regras e princípios. Tal conformação do direito amplia os espaços de vagueza e de ausência de certeza. Ademais, o fato de muitas normas jurídicas poderem ser caracterizadas como princípios, com conotações morais e axiológicas, e submeterem o direito a um teste moral acaba intensificando o fenômeno da indeterminação.

A ambiguidade, a vagueza e a abertura valorativa são propriedades comuns da linguagem humana, das quais o direito moderno não se encontra isento. Ao contrário, sendo o direito uma prática social vivenciada por meio da linguagem, certamente não será possível ao legislador precisar, de forma exaustiva, o conjunto de possíveis significados, que variam de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas ao longo do tempo. Portanto, a objetividade, a clareza, a ausência de antinomias e a completude e ausência de lacunas normativas não mais são as características dos sistemas jurídicos modernos. Ora, a complexidade social exige um direito reflexivo, razão pela qual se procura compensar a perda da certeza e da previsibilidade do direito (a ideologia do positivismo jurídico de cunho formalista) pela possibilidade de o direito levar a sério a Constituição e os direitos fundamentais.

Não se desconhece a crítica referente ao protagonismo da jurisdição constitucional e da possibilidade da concepção objetiva dos direitos fundamentais – e do correlato efeito irradiante da constituição a todo o ordenamento jurídico – causar a patologia do “judicialismo” (Grimm, 2006). Entretanto, ao que se parece, para se evitar a patologia do judicialismo, não se deve retornar à concepção restrita dos direitos fundamentais à formulação liberal dos direitos de defesa; senão, ainda que a custo de perdas em termos de racionalidade ou segurança jurídica, esses direitos devem ser entendidos como deveres positivos de atuação, exatamente a dimensão objetiva dos direitos fundamentais como princípios dinâmicos na ordem jurídica. No entanto, é necessário respeitar os limites institucionais da competência do legislador e da função do judiciário na aplicação do direito, o que exige a redução da discricionariedade na interpretação (Grimm, 2006).

Uma breve síntese se impõe: as disposições sobre direitos fundamentais por possuírem, grosso modo, o caráter de princípios, dão margem a múltiplas interpretações e soluções possíveis ao caso concreto em face de seu caráter aberto. A interpretação das disposições jurídicas de direitos fundamentais rumo à solução de determinada hipótese concreta pode dar-se pela subsunção no chamados os casos fáceis, método pelo qual o juiz resolve as premissas fáticas com a adjudicação da regra. No entanto, quando a premissa fática cuida de caso difícil, hipótese de integração judicial de lacunas, contradição normativa ou ausência de norma, o julgador deve socorrer-se da interpretação ponderativa e dos princípios constitucionais. Nesta premissa fática do caso difícil, não há uma solução clara e unívoca subsumida das disposições jurídicas, porque a aplicação do direito fica na dependência do sentido atribuído ao texto, pois na vagueza, ambiguidade e abertura da disposição legal, haverá pluralidade de significados possíveis e a escolha da melhor interpretação (e não uma única resposta correta, em sentido forte).

Sendo assim, levando a sério o fato de que não é tarefa fácil distinguir entre um caso fácil ou difícil, até porque o caso pode ser inicialmente concebido como fácil e se revelar complexo, pergunta-se: que resposta deve escolher o julgador em casos difíceis? O juiz cria o direito na resolução do caso individual? Como se estabelecem os limites entre a função legislativa e a função judicial? Há um resíduo de discricionariedade depositado em mãos do julgador? Nos casos em que as disposições normativas não ofereçam uma solução à controvérsia – lacuna normativa –, o juiz, a partir de suas pautas morais, axiológicas e políticas, “escolhe” discricionariamente a alternativa correta?

A resposta é afirmativa para o positivismo tributário a Kelsen e Hart. No entanto, intenta-se demonstrar a resolução da hipótese não se dá de maneira discricionária, senão na forma de uma argumentação racional estabelecida pelo teste da proporcionalidade. Ora, sob os imperativos do Estado democrático e constitucional, há a exigência de que as decisões judiciais sejam legítimas e racionais, fenômeno que não se confunde com discricionariedade, a qual, inclusive, deve ser limitada. Com a metodologia argumentativa da proporcionalidade – uma entre as demais ponderações hermenêuticas –, pode ser possível conferir às decisões judiciais maior previsibilidade e, pois, segurança jurídica. Não se desconsidera a existência de corrente crítica, que tem a proporcionalidade, em face da vagueza de seus postulados e da incomensurabilidade do peso dos princípios, como contribuição decisiva para o aumento da discricionariedade judicial e usurpação das funções do legislador democrático.

Ambientado nessa discussão, o estudo pretende demonstrar que a metodologia argumentativa da proporcionalidade contribui significativamente para o processo de

interpretação e aplicação do direito, já que estabelece qual é o âmbito de proteção dos direitos fundamentais em colisão, demarcando quais são os direitos afetados pela intervenção do legislador e, sobretudo, quais são os limites suportáveis da intervenção promovida em sede de posições jurídicas fundamentais. Para além, observar-se-á que a proporcionalidade respeita a capacidade decisória do legislador e/ou a sua margem decisória – a autoridade institucional –, via instituto dos princípios formais. Assim, ao contrário do que se afirma, a proporcionalidade contribui para a limitação da discricionariedade depositada no julgador e preserva as margens decisórias do legislador democrático.

Esta investigação tem sua estrutura configurada em duas partes. A primeira tratará da problematização do fenômeno da textura aberta do direito e notadamente do direito constitucional dado o caráter intrinsecamente indeterminado de sua linguagem (2). Essa parte será desdobrada na análise sobre a textura aberta do direito (2.1) e na zona de penumbra das normas constitucionais, notadamente as normas de direitos fundamentais (2.1). A segunda parte desta contribuição científica cuidará da ferramenta metodológica do teste da proporcionalidade (3), sendo desenvolvida, primeiro, com uma discussão sobre os elementos estruturais do teste da proporcionalidade (3.1) e, segundo, com análise sobre o papel dos princípios formais como critério para controle da margem da discricionariedade judicial decorrente da zona de penumbra das normas constitucionais de direitos fundamentais (3.2). Por fim, (4), as conclusões são sistematizadas, reunindo-se os principais achados da investigação e indicando eventuais desdobramentos teóricos e práticos.

A abordagem teórica é baseada no método dedutivo, mediante coleta de material bibliográfico consistente em livros e artigos. Por isso, adotar-se-á um enfoque dogmático.

## **2. TEXTURA ABERTA DO DIREITO E A ZONA DE PENUMBRA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A experiência jurídica contemporânea é atravessada por um paradoxo estrutural. Ao mesmo tempo em que se aspira a estabilidade, previsibilidade e segurança jurídicas, reconhece-se a impossibilidade de um ordenamento jurídico completo, capaz de antecipar todas as hipóteses de aplicação. Esse problema se revela de modo particularmente evidente em razão da textura intrinsecamente aberta do direito, expressão que designa a marca da indeterminação semântica das normas jurídicas, decorrente tanto da linguagem natural em que são formulados os textos das disposições jurídicas quanto da complexidade e variabilidade dos fatos sociais que o direito busca regular. A linguagem das disposições jurídicas, ainda que elaborada com rigor

técnico, comporta zonas de incerteza, permitindo múltiplas interpretações e exigindo do intérprete um exercício contínuo de reconstrução do sentido normativo.

Essa abertura semântica assume contornos ainda mais delicados quando se trata das disposições da Constituição e dos direitos fundamentais. Essas disposições são formuladas em linguagem natural, por meio de palavras e frases que buscam expressar tanto determinações de condutas precisas como também princípios e valores dotados de elevado grau de abstração, cujo conteúdo só se concretiza diante de casos concretos e contextos específicos. Nessas hipóteses, a aplicação constitucional se situa na chamada “zona de penumbra”, espaço no qual tampouco o significado linguístico pode ser alcançado de modo unívoco, impondo ao intérprete e aplicador do Direito o recurso a critérios argumentativos, padrões de moralidade política e ponderações entre valores em conflito. É nessa zona de incerteza que se evidenciam as margens de discricionariedade judicial.

O exame conjunto da textura aberta do direito e da zona de penumbra das normas constitucionais permite compreender que não se trata de falhas ou defeitos do sistema jurídico, mas de características inerentes a um ordenamento que opera em sociedades plurais, dinâmicas e tomadas de desacordos morais razoáveis. O desafio, portanto, não é eliminar a indeterminação – tarefa impossível –, mas estabelecer métodos racionais de interpretação e aplicação capazes de garantir decisões justificadas, compatíveis com os parâmetros normativos e com os compromissos ético-políticos inscritos na Constituição. A partir dessa contextualização, o item 2.1 analisará o fenômeno da textura aberta do direito em sua dimensão conceitual e prática, enquanto o item 2.2 examinará a problemática da Constituição na zona de penumbra, destacando as implicações para a jurisdição constitucional e para a efetividade dos direitos fundamentais.

## **2.1 Textura aberta do direito**

Na configuração sociológica da modernidade tardia, definida simultaneamente pela complexidade sistêmica e pela globalização das interações, o direito ocupa papel central na organização da vida social. Essa centralidade decorre do fato de que a liberdade – outrora concebida como espaço negativo de não interferência – converte-se, no contexto moderno, em valor de natureza normativa, exigindo institucionalização e garantia por meio do próprio ordenamento jurídico. O direito, nesse sentido, não apenas assegura a coesão social, mas também lhe confere identidade normativa, estabilizando expectativas de comportamento e protegendo-as contra a frustração e a violação (Luhmann, 2005). Trata-se, portanto, de um

mecanismo social de imunização frente à contingência e à potencial ruptura das obrigações recíprocas que sustentam a convivência civil. Esse protagonismo decorre também da função do Direito consistente em conter e regular a atuação corrosiva de outros sistemas sociais parciais – economia, ciência, religião, política – cuja lógica interna, orientada por códigos funcionais próprios, pode entrar em choque com as posições jurídicas fundamentais. A sociedade global contemporânea, atravessada pela fragmentação dos códigos morais e pela diferenciação funcional – ou seja, pela atuação autônoma e transnacional de sistemas como o mercado, a ciência, a religião, a cultura e o próprio direito (Luhmann, 2010) –, funcionaliza o ordenamento jurídico como meio privilegiado de controle das ingerências desses subsistemas na esfera social (Habermas, 2003). Nesse cenário, transfere-se ao direito uma missão que transcende a mera regulação formal: a de efetivar materialmente os direitos fundamentais constitucionais e, de modo especial, prevenir o fenômeno da colonização do mundo da vida (*Lebenswelt*), na acepção habermasiana, isto é, evitar que os subsistemas econômicos e a burocracia estatal interfiram de maneira desmedida na esfera da intersubjetividade (Habermas, 2000).

Esse protagonismo do direito na ordenação da vida em sociedade é representativo do motivo pelo qual ainda se segue debatendo – em termos filosóficos e sociais – acerca do conceito de direito, a sua natureza jurídica (Alexy, 2009) e os limites interpretativos<sup>3</sup> (Hart, 1994). Ora, a sociedade moderna, que perdeu seus fundamentos místicos e religiosos, enfim, seus “grandes relatos”, e convive com a imperfeição e finitude da experiência humana, necessita da força coativa do direito para manter a coesão social. É da necessidade social de que determinados comportamentos devam ser obrigatórios<sup>4</sup> e não facultativos (Hart, 1994) – ou do caráter cogente do sistema normativo<sup>5</sup> – que brota a funcionalidade do direito e a chave da ciência do direito (Hart, 1994). De dizer, das mais profundas necessidades da experiência humana por liberdade e segurança que se encontra a essência do direito<sup>6</sup>. Por isso a discussão filosófica sobre o conceito de direito é, em verdade, uma interpelação sobre a sua natureza e/ou a diferença entre o direito e a moral. É, pois, a nota distintiva do direito – seu caráter obrigatório – que define a sua natureza e, sobretudo, permite a sua diferenciação com relação às regras

---

<sup>3</sup> Como diz Hebert Hart (1994), ninguém considerou importante discutir o que é medicina ou química.

<sup>4</sup> Por mais que a teoria do direito tenha reconhecido que o direito é um sistema de mandatos e proibições, quer dizer normas, isso não significa que as normas se esgotem no aspecto imperativo, senão que também são integradas pelo aspecto valorativo – juízo de valor (Alpaca Pérez, 2022).

<sup>5</sup> Isto é, a descrição morfológica como sendo um conjunto de normas estabelecidas e promulgadas pelo legislador e os atos previstos e exigidos por ela (Cotta, 2005). Assim, o direito, em termos esquemáticos, pode ser concebido como imperativo que prescreve condutas sociais (fazer ou não fazer).

<sup>6</sup> Na origem, tem-se que as necessidades humanas (a segurança social em sentido amplo, desde a perspectiva da liberdade individual, patrimônio, direitos fundamentais e relacionais) são determinantes para que o homem, enquanto ser finito-infinito, estabeleça, como condição à coexistência social, a descoberta de princípios reitores do agir social – normas e modelos de comportamento, ou seja, princípios e regras (Cotta, 2005).

morais. Estas, não obstante também sejam padrões de conduta e agir social, não estão aparelhadas da força coativa. A consequência do descumprimento é a desaprovação social. Isso não significa dizer que as ordens emanadas do direito não possuam aspectos ou elementos ligados à moral, pois direito e moral compartilham o mesmo vocabulário. Afinal, os sistemas normativos, ao estabelecerem direitos e obrigações, reproduzem as substâncias de determinadas exigências morais e imperativos de justiça.

Uma síntese é de rigor: o direito ocupa um lugar central na imaginação social da sociedade moderna, ao lado da busca pela emancipação humana e pelo desenvolvimento científico e econômico. Já a sua natureza – do direito – repousa no seu caráter coercitivo, a forma dele manter uma identidade normativa da sociedade moderna, a qual é informada pelos signos do pluralismo e dissenso moral. Por decorrência, as normas jurídicas aparecem como sendo o elemento básico e nuclear dos sistemas jurídicos atuais (Vieira, 2023). Cumpre a elas a função de manter as expectativas normativas da sociedade, imunizando-as quanto ao descumprimento pela sanção (Luhmann, 2005).

Nessa perspectiva, o direito distingue-se qualitativamente tanto das normas morais, que expressam ideias de retidão e justiça, quanto das regras sociais, carentes de respaldo coativo e, portanto, destituídas de força vinculante no sentido jurídico. Entender-se o direito como um sistema normativo e não propriamente um sistema de poder<sup>7</sup>, não autoriza concluir que a juridicidade se esgota na esfera normativa, nem tampouco legitima a adesão à concepção autossuficiente de um “mundo das normas” concebido como universo lógico-formal fechado, destituído de lacunas, antinomias ou ambiguidades. Se, por um lado, o direito é irredutivelmente um fenômeno linguístico e cultural, por outro, a complexidade e a mutabilidade das sociedades contemporâneas inviabilizam a pretensão de que um sistema exclusivamente composto de regras possa esgotar a disciplina de todas as situações jurídicas possíveis. Ademais, é inerente à condição humana a impossibilidade de o legislador antecipar exhaustivamente os conflitos sociais futuros e discipliná-los de modo objetivo e definitivo. É precisamente a consciência dessa limitação que conduziu a filosofia do direito a atestar a superação da ideologia do positivismo legalista e a relativizar a crença na onipotência do legislador como fonte capaz de

---

<sup>7</sup> Nesse aspecto, o direito não é unicamente um sistema de poder tampouco um puro sistema de normas (Aarnio, 1991). Na interface direito e realidade social, pode-se afirmar que o direito como sistema jurídico é produto das relações de poder, que, inclusive, está sumamente condicionado pelas bases econômicas da sociedade. Para além, a própria consciência coletiva da sociedade – a ideologia – (moral, religião, códigos éticos e formas de cultura) reflete no direito.

regrar, de forma completa e apriorística, a totalidade dos conflitos sociais por intermédio do dado pelo legislador<sup>8</sup>.

Já não mais vale a “doutrina tradicional” herdada da Ilustração e sua orientação pela rígida separação entre as funções de criação do direito – atividade conferida ao legislador – e a aplicação do direito – tarefa empreendida pelos tribunais e juízes. Sob orientação desta metafísica, aos juízes conferia-se tão somente a função de aplicar as leis ditadas pelo parlamento; este, sim, autorizado a criar o direito, enquanto legítimo representante do povo. Concebia-se o direito como sendo um conjunto de normas gerais ditadas pelo poder legislativo (Bulygin, 2005). Essa ideologia olvida o fato de que nem sempre a resolução do caso individual dá-se pela singela dedução da incidência da norma geral à hipótese fática. Ora, o próprio método da subsunção, metodologia usualmente aplicada nas decisões judiciais<sup>9</sup>, não pode ser confundido com operação puramente mecânica, pois na própria subsunção o julgador, frequentemente, se vê obrigado a valorar, argumentar sobre conceitos e interpretar o significado e alcance dos termos normativos (Bulygin, 1991). Afinal, não se pode perder de vista que as normas jurídicas são formuladas em linguagem ordinária, cujo significado nem sempre é claro e objetivo. É inegável que mediante definições de conceitos também pode modificar-se uma norma, fato que pode ser exemplificado na discussão travada pelo STF para definir quando há efetivamente trânsito em julgado da sentença penal condenatória e a execução definitiva da pena (Brasil, 2023), a partir da explicitação da regra (ou princípio) prevista no art. 5, inciso LVII, CF. Há crime de furto quando o objeto material é um tubo de desodorante? (Brasil, 2024a). Aparentemente, a penumbra é fenômeno que também pode acometer o “caso fácil”, motivo pelo qual não se revela razoável imaginar um ordenamento jurídico completo e sem lacunas, ou, ainda, preconizar que para cada caso só exista uma norma que o solucione (ausência de conflitos entre normas e antinomias). Ao contrário, a ideologia da codificação napoleônica e a sua correlata orientação no sentido de que a atividade judicial se esgota na mera aplicação da lei não se sustenta, pois a legislação não resolve aprioristicamente todas as hipóteses fáticas,

---

<sup>8</sup> Na sua proposição de abandono do esquema sujeito-objeto, herança da ontologia metafísica, argumenta Kaufmann que o esquema sujeito-objeto se apoia na ideia de que o direito justo e a justiça são dados objetivos, mais exatamente um objeto, uma coisa frente a qual se encontra substancialmente a consciência cognoscitiva, enfim, que o conhecimento se encontra rigorosamente separado do sujeito. Por isso a subjetividade nada acrescenta ao conhecimento. Na sua dição, esse ideal de objetividade foi buscado tanto pelas clássicas doutrinas do direito natural (objetividade na natureza), bem como pelo positivismo jurídico, que restou aprisionado a ela sob a seguinte premissa: “o direito idêntico a lei positivada dada, que, como fato objetivo, é aplicada sem deixar-se tocar-se pelo intérprete” (Kaufmann, 2007, p. 41-42).

<sup>9</sup> Na lição de Garcia Amado (2007), que demonstra que, em casos concretos argumentados em termos do teste da proporcionalidade, inclusive decididos pelo Tribunal Constitucional alemão, pode-se chegar ao mesmo resultado pelo método da subsunção. Aliás, se não há lacunas e/ou colisão de princípios, o caso individual deve ser solucionado pela subsunção.

porque sempre haverá lacunas e colisão entre normas. Nessas hipóteses, o juiz deverá criar a norma (geral) para solucionar o caso individual e, nesse sentido, o próprio direito (Bulygin, 2005; 1991)<sup>10</sup>.

Ora, ao aplicar uma norma geral (ou soluções genéricas estabelecidas pelo legislador, ou regras<sup>11</sup>) ao caso individual (norma individual para Kelsen<sup>12</sup>), de regra, o juiz adjudica o enunciado normativo ao fundamento fático (caso individual), isto é, aplica a norma (genérica) à hipótese fática. Nessa atividade de adjudicar a norma geral à hipótese concreta, o juiz não cria o direito; este fenômeno fica reservado para a hipótese em que não exista norma regendo o caso, ou, ainda, conflito de normas. Na hipótese em que a norma se subsuma ao caso sem complexidade, o juiz utiliza da subsunção. Portanto, somente pode-se afirmar a presença da atividade de criação do direito, via normas gerais, quando o julgador decide com base em fundamentos normativos não estabelecidos previamente pelo legislador, isto é, nas lacunas normativas (Bulygin, 2005). Agora, nessa função de criar o direito (ou normas), o juiz decide discricionariamente? Essa hipótese é rechaçada por Kelsen, para quem o sistema piramidal do ordenamento jurídico não comporta lacunas, mas, sim, autorizações legais para o juiz se afastar do direito (Bulygin, 2005). Não obstante o peso da argumentação kelsiana, sustenta-se a tese diversa, porque o juiz, para resolução da norma individual em casos atípicos, verdadeiramente cria a norma geral, pois necessariamente precisa encontrar um fundamento normativo (princípio) para solucioná-lo (Bulygin, 2005). Efetivamente, a criação judicial do direito dá-se nas integrações de lacunas, nas contradições normativas e, ainda, nos casos de ausência de disposição normativa, que pode ser exemplificada no caso em que o juiz aplique princípio não positivado<sup>13</sup> pelo legislador à solução concreta (direito ao esquecimento ou direito fundamental à proteção de dados). Nessas hipóteses de criação da norma geral, o julgador vale-se de suas margens de discricionariedade (Bulygin, 2005).

---

<sup>10</sup> Para Bulygin (1991), o juiz, em geral, não cria normas (gerais), já que deve fundamentar suas decisões com base em normas jurídicas preexistentes. Assim, o juiz somente está autorizado a criar norma geral em caso de ausência de previsão legal ou conflito entre normas.

<sup>11</sup> Para efeitos deste trabalho, adota-se o conceito de normas “gerais” de Bulygin (2005), para quem normas são expressões prescritivas usadas para ordenar, proibir ou permitir determinada conduta e ação. Por isso não se confundem com o “caso individual” e a sua resolução.

<sup>12</sup> Para Kelsen, todos os atos jurídicos são atos (de vontade) de aplicação e criação do direito. Por isso ele sustenta que o juiz, na sentença judicial, cria uma norma individual. Todavia, é duvidoso afirmar que o juiz edita uma norma individual, pois a norma-resolução somente se aplica às partes e não alcança terceiros. Assim, não possui o caráter de generalidade peculiar às normas. Dessa forma, revela-se de melhor metodologia usar o termo “resolução” “disposição”. Nesse sentido, a conclusão de Bulygin (2005).

<sup>13</sup> Argumenta-se que a positivação dos princípios – relevante para conferir força normativa e estabelecer o consenso – não é requisito fundamental a sua existência – porque princípios podem decorrer (implicitamente) dos valores e princípios reconhecidos na Constituição, na Declaração Universal de Direitos Humanos e das aspirações da justiça (Sánchez-Ostiz, 2012).

## 2.2 A Constituição na zona de penumbra?

Efetivamente, os modernos sistemas jurídicos não podem mais ser compreendidos como um sistema unitário e coerente de normas sem lacunas e antinomias, porque a modernidade se orienta pela complexidade e contingência, fenômenos que fazem o direito variar, uma decorrência das necessidades evolutivas da sociedade. Assim, em face da contingência e complexidade que permeia o direito, não é tarefa simples extrair o conteúdo adequado e/ou correto das normas jurídicas. Esse problema agudiza quando o conflito reclama aplicação de normas constitucionais, as quais, em alguma medida, ligam-se à moral, sendo encobertas pela penumbra (Vieira, 2023). Ora, as Constituições, além de conformarem o sistema jurídico e o estatuto do político como norma superior, também são depositárias de valores éticos e princípios de justiça que regulamentam o convívio social. Para além, fornecem ao auditório e ao público em geral as “razões públicas<sup>14</sup>” pelas quais se pode alcançar um razoável consenso. Portanto, a pretensão normativa das disposições constitucionais, sobretudo porque materializadas em princípios morais, oferece dificuldades adicionais ao legislador e ao intérprete (Vieira, 2023), mormente pelo acoplamento estrutural que promovem entre o sistema jurídico e o sistema político. Assim, o legislador detém a difícil tarefa – de índole filosófica e de ciência política – de harmonizar, em uma decisão racional e justificada, a coexistência de princípios constitucionais em conflito, que chegam à jurisdição na modalidade de complexidade. Isso se detecta nos conflitos que envolvem temas controversos como o aborto, as drogas, a proteção da privacidade e da intimidade, da liberdade religiosa, a efetivação de direitos econômicos e sociais. Inclusive, para estes últimos, em países periféricos como Brasil e o continente latino, a tarefa é sensível, pela presença de severas desigualdades sociais não resolvidas (Neves, 2007; 2018). Ainda nesse aspecto, não se pode perder de vista a presença do modelo sociológico da *sociedade corporativa*, no qual o Estado é potencializado para atender os interesses econômicos dos grupos de poder em detrimento dos direitos econômicos e sociais (Aarnio, 1991).

Para além da textura aberta do direito, contata-se que a sua validade e legitimidade não mais se fundamentam exclusivamente no argumento da autoridade (Raz, 2013)<sup>15</sup>, como já foi

---

<sup>14</sup> Que consistem, desde uma perspectiva liberal de justiça, na razão de cidadãos iguais de uma determinada sociedade nacional, para debater elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básicas, no que diz respeito ao seu governo. São as razões para sustentar questões fundamentais sobre justiça política. É a lição de John Rawls (2019).

<sup>15</sup> Para Raz (2013) a aspiração última do direito, quiçá seja a justiça, no entanto, seu objetivo mais próximo e tarefa definitiva é fornecer um esquema de racionalidade prática, desenvolvido para unificar o desenho político público

preconizado pelo positivismo jurídico excludente e pelas teses no sentido de que: a) a existência e fundamento do direito descansam na prática social; b) a moral nunca é uma condição de validade jurídica e; c) nos casos limites do direito, os juízes possuem discricionariedade para solucioná-los (Moreso, 2002)<sup>16</sup>. Pensa-se em sentido contrário, pois o direito, como prática social, possui relação contingente com pautas morais, porque em determinados casos somente resta ao julgador apelar a padrões morais<sup>17</sup>. Por isso a posição decisória do juiz não se limita ao exercício da autoridade, senão que o impele à busca da segurança jurídica. Ora, o cidadão tem direito a esperar efetiva proteção jurídica quando aciona o poder judiciário, isto é, direito de que a decisão seja correta e que se evite a arbitrariedade (Aarnio, 1991). Com efeito, as decisões judiciais devem orientar o cidadão, permitindo que ele possa programar o futuro, planejando sua atividade em termos racionais, condição necessária à preservação da sociedade. Afinal, a coesão social resulta improvável em condições de imprevisibilidade e insegurança jurídica. A cidadania espera que as decisões sejam substancialmente corretas e frutos de reflexão, ou seja, que se fundamentem no direito válido – a condição do justo – e, ainda, recebam parte de seu conteúdo das normas morais e de outras normas sociais. De dizer, o julgador tem a responsabilidade social de efetivar a segurança jurídica, ou de pelo menos tentar que ela seja suficientemente satisfeita. Desse modo, a decisão não se impõe em razão do exercício de autoridade, mas pela sua correção, atividade que passa pelo acolhimento do direito válido e pela prática do discurso racional (Alexy, 2016). A credibilidade da decisão descansa na confiança dos cidadãos e/ou aceitabilidade das razões justificatórias (Aarnio, 1991).

Com o objetivo de esboçar uma síntese, conclui-se: 1) a instituição do direito fundamenta-se, essencialmente, num sistema normativo (Hart, 1994)<sup>18</sup>, característica que dá o

---

e coordenar a interação social. Para cumprir dita função, o direito possui autonomia com relação aos juízos políticos e morais, isto é, as normas jurídicas são determinadas por outros critérios que não a moral política.

<sup>16</sup> Na lição de Moreso (2002), o positivismo jurídico excludente oferece as seguintes teses: 1) o direito funda-se unicamente no conjunto de fatos sociais (ou fontes sociais), ou seja, do conjunto de ações de seus membros, sem qualquer necessidade de se socorrer da moralidade; 2) há uma rigorosa separação entre o direito e a moral, pois a adequação à moralidade não é condição de validez da norma; 3) quando o direito apela à moralidade, concede discricionariedade para os juízes decidirem.

<sup>17</sup> Tese defendida pelo positivismo jurídico inclusivo, que preconiza: a) que o conteúdo do direito de uma determinada sociedade é dependente dos fatos sociais praticados por seus atores, os quais podem apelar contingentemente à moral; b) que há uma separação conceitual entre o direito e a moral; c) nas vezes em que o direito apela para a moralidade, esta – e não a discricionariedade – é que estabelece a qualificação normativa das ações (Moreso, 2002).

<sup>18</sup> Para Kelsen (1994), que também entende que o direito é concebido como um sistema de normas reguladoras da conduta humana, o sistema jurídico é composto de um entramado hierárquico de normas, de forma que a validade de uma norma inferior é informada pela validade de uma norma de nível superior. No mais elevado grau está a denominada “norma hipotética fundamental”, a fonte de validação do ordenamento jurídico. Com essa “teoria pura do direito”, Kelsen depura o direito das avaliações axiológicas e morais (admitidas tão somente para a interpretação judicial), porque o direito é um sistema fechado de regras que se autolegitima, de forma recorrente, valendo-se de uma norma de nível superior.

tom do caráter formal e codificado das legislações modernas (Vieira, 2023). Aliás, é o fenômeno da positivação que permite a própria evolução do direito, possibilitando que ele se adapte às incessantes transformações sociais da atual sociedade pós-industrial e tecnológica; 2) as normas que compõem o ordenamento jurídico<sup>19</sup>, no sentido semântico, dividem-se em regras – ou enunciados normativos – e em princípios – as razões para as regras (Sieckmann, 2006)<sup>20</sup>. Esse conceito amplamente admitido informa que ao lado da regra (texto legal ou enunciado normativo) situam-se os princípios (as razões para as regras e expressões do justo, do correto). Tal conceito amplo de norma (enunciado normativo + princípios ou razões para as normas) também é fator que conduz à indeterminação do direito, na medida em que a linguagem aberta dos princípios reclama esforço argumentativo na tarefa de sua interpretação e aplicação; 3) por mais singela que seja uma regra jurídica, sua aplicação exige um processo de extração de seu significado e/ou interpretação, fundamental à resolução do caso concreto. Assim, em face da abertura da linguagem do direito, os cânones clássicos da interpretação (histórica, gramatical, literal, teleológica, sistêmica, autêntica etc.<sup>21</sup>) não são suficientes para justificar a resposta (ou respostas) correta(s) (Hart, 1994)<sup>22</sup>, tampouco os denominados “métodos de interpretação constitucional” (Hesse, 2011, p. 67)<sup>23</sup>; 4) a escolha entre as possíveis respostas corretas (ou a resposta) se vincula ao caráter argumentativo do direito ou à discricionariedade do aplicador do direito. Esta é a condição inescapável dos sistemas jurídicos modernos.

Em definitiva, a linguagem geral expressada na regra conduz de modo incerto os casos de sua aplicação (Hart, 1994). Verdade que há casos simples ou facilmente cognoscíveis, nos quais a linguagem é clara e permite que a regra se subsuma facilmente à hipótese fática, porque não há alternativas concorrentes. Soa inegável que a metódica da subsunção responde ao maior percentual dos casos submetidos à análise do poder judiciário, para os quais basta a operação

---

<sup>19</sup> Não existe unanimidade quanto ao conceito de norma. Assim, no marco dessa investigação, adota-se o conceito semântico de norma, até porque responde a concepções comuns de muitos autores. Deve haver, pois, uma diferenciação entre o *enunciado normativo* (conjunto de signos linguísticos, caso típico de uma disposição de um direito fundamental ou princípio constitucional) e a norma *em sentido estrito* (o significado do enunciado normativo). Desse conceito decorre outra distinção relevante: os direitos fundamentais como princípios e regras. Segundo essa tese da estrita separação, princípios contêm um dever *prima facie* (representam um objeto de otimização, que pode ser realizado em um grau máximo). Já as regras contêm um mandamento definitivo, valem ou não valem (Borowski, 2003).

<sup>20</sup> Para Sieckmann (2006), princípios são razões para ponderar, ou seja, razões para argumentar. Por isso, distinguem-se das regras ou proposições normativas (enunciados normativos), as quais se aplicam ou não ao caso concreto (razões definitivas).

<sup>21</sup> Posição defendida pela teoria da interpretação de Emilio Betti (2007).

<sup>22</sup> Ora, os cânones de interpretação não eliminam as incertezas, pois eles mesmos são “regras gerais sobre o uso da linguagem e utilizam termos gerais que, eles próprios, exigem interpretação” (Hart, 1994, p. 139).

<sup>23</sup> Para o autor (Hesse, 2011), na interpretação constitucional, além da incidência dos métodos clássicos (interpretação literal, histórica, original e sistemática), também contam os princípios de interpretação constitucional: a) unidade da Constituição, b) concordância prática, c) correção formal, d) eficácia integradora e) a força normativa da Constituição.

matemática/silogística da incidência da premissa maior (a lei) ao caso concreto (premissa menor). As decisões judiciais desse tipo são classificadas de “rotineiras” ou “isomórficas”; nelas, a relação entre a norma e o fato é similar à da imagem com o espelho (ou o objeto e seu reflexo). Em ditos pronunciamentos não há discricionariedade e/ou dúvida entre alternativas possíveis, muito embora tal classificação corra o perigo de redundar em uma simplificação enganosa: achar que todos os casos são idênticos e de simples aplicação da letra da lei (Aarnio, 1991). Todavia, há casos que apresentam ao julgador duas ou mais alternativas concorrentes e possíveis – a tese do caso difícil – e dá ensejo a mais de uma resposta possível. Nesses casos, na orientação do positivismo inclusivo de Hart, o juiz pode apelar a pautas morais e, sobretudo, decidir de maneira discricionária. Na correta observação de Hart (1994), os legisladores humanos não têm o prévio conhecimento de todas as hipóteses possíveis de incidência de uma regra, tampouco podem prever o futuro e todas as combinações possíveis envolvendo a legislação – a indeterminação da finalidade da regra – (Hart, 1994), fenômeno que não pode ser negado pela filosofia do direito, como quis a teoria do positivismo jurídico<sup>24</sup> (ou conceptualismo), que procurou acobertar a real existência de um poder discricionário do aplicador do direito (Hart, 1980).

Em síntese, os direitos fundamentais, que se deixam construir como princípios<sup>25</sup> e, por essa razão, são aplicados conforme as possibilidades fáticas e jurídicas, não raro entram em conflito e devem ser ponderados. Portanto, a aplicação de normas de direitos fundamentais não é mera instância do caso geral (ou subsunção da regra). Esse fenômeno é exemplificado no confronto entre a liberdade jornalística – que não deve ser submetida à cesura ou embaraços à livre manifestação – *versus* a proteção da honra, intimidade, vida privada e imagem – art. 5, inciso X, CF –, pois o direito à informação não elimina as garantias individuais<sup>26</sup>. A mesma reflexão é predicada no conflito entre a liberdade religiosa e a proteção da vida – o caso dos

---

<sup>24</sup> Não há um significado uniforme acerca do que se entende por positivismo jurídico ou por positivismo na filosofia jurídica, que não é óbice para a apresentação de um conceito de positivismo, valendo-se, mais uma vez da lição de Hart (1980), a partir de suas três teses positivistas do direito: a) tese da separação conceitual entre o direito e a moral (que defende que não há conexão necessária entre o direito e a moral, senão que contingente: a existência do direito é uma coisa, seu demérito e coisa distinta); b) a tese das fontes sociais (que alude o fundamento do direito decorre da prática social que vincula juízes e cidadãos e, dessas práticas advêm os testes últimos de validade do direito: obediência habitual e o mandato do soberano); c) tese da discricionariedade judicial, que argumenta em todo sistema jurídico há lacunas e indeterminação do direito e que, nesses casos difíceis, o juiz cria o direito, a partir de suas escolhas morais, axiológicas, políticas, etc.

<sup>25</sup> Afinal, princípios, como mandatos de otimização, exigem uma realização mais completa possível, em relação as possibilidades fáticas – adequação e necessidade – e jurídicas – lei da ponderação, formulada da seguinte forma: quanto mais alto seja o grau de não cumprimento de um princípio, tanto maior deverá ser a importância do cumprimento do outro (Alexy, 2019).

<sup>26</sup> Nesse sentido, conferir Recurso Especial nº 1676393/SP (Brasil, 2017) e Apelação Cível nº 5002804-56 (Rio Grande do Sul, 2024).

professantes do testemunho de Jeová já analisado pelo Tribunal Constitucional espanhol (Moresco, 2010). Ora, há casos em que o equilíbrio das circunstâncias conflitantes remete a ponderação judicial, da qual, inclusive, não está infenso o precedente do sistema anglo-saxão, afinal sua aplicação reclama, no mínimo, um juízo de adequação.

A interpretação jurídica não se restringe a revelar ou a descrever um sentido previamente fixado do direito, pois também desempenha uma função criadora, notadamente ao formular a regra jurídica concreta aplicável à situação em julgamento. Com isso, deve ser reconhecido de que haverá sempre um espaço inevitável para a discricionariedade judicial, justamente porque o julgador, em determinadas hipóteses, recorre a padrões morais para fundamentar sua escolha interpretativa. Isso, porém, não significa negar a relevância estrutural das regras no sistema jurídico moderno, mas sim apenas a superação da ideia de que o direito possa ser completamente formalizado, como preconizava a ideologia da onipotência legislativa. Esse foi, aliás, o problema central do legalismo jurídico, ao sustentar que cada caso submetido ao crivo judicial estaria previamente regulado por uma norma cujo conteúdo já teria sido determinado pela autoridade legislativa.

Igualmente não se mantém, por outro lado, a postura de ceticismo absoluto em relação ao universo das regras, segundo a qual a inevitável incompletude do ordenamento justificaria transferir todo o conteúdo e sentido do direito para a interpretação judicial, relegando o texto dado pelo legislador a um papel secundário e atribuindo primazia irrestrita ao que decidem os juízes. A posição adequada situa-se entre esses os extremos do legalismo jurídico e do ceticismo radical, reconhecendo que certos casos demandam uma construção interpretativa<sup>27</sup> e argumentação jurídica<sup>28</sup> para serem resolvidos.

Por essa razão, não se acolhem as teses positivistas clássicas que defendem a separação absoluta entre direito e moral, pois o direito, na sua pretensão de correção, não pode prescindir de padrões valorativos. As versões mais recentes do positivismo já não sustentam essa cisão radical; ao contrário, admitem que os sistemas jurídicos contemporâneos incorporam critérios de moralidade como parâmetros de validade, conferindo-lhes, inclusive, estatura jurídica. Assim, embora se preserve a autonomia do direito e, com ela, a legitimidade das suas fontes sociais, sua aceitação e autoridade não derivam apenas do hábito de obediência ao legislador soberano, mas também do atendimento a padrões morais.

---

<sup>27</sup> Especialmente da hermenêutica filosófica, que tem a tarefa da aplicação do direito, somada a compreensão e interpretação, como a dimensão problemática da hermenêutica, atividade informada pela tradição é preconceitos (Gadamer, 2004).

<sup>28</sup> Para efeitos do presente estudo, partilha-se da teoria da argumentação jurídica, principalmente da vertente alexyana (Alexy, 2005).

É nesse sentido que o positivismo inclusivo de Hart (1994, p. 06-07) argumenta que a “regra de reconhecimento” impõe aos juízes não apenas a observância de precedentes e demais padrões jurídicos, mas também a consideração de costumes e princípios morais – ou de conteúdos de moralidade política – como critérios de validade normativa. Em situações de penumbra, portanto, o juiz, para decidir o caso concreto, é compelido a recorrer a tais princípios, sem que isso implique adesão irrestrita à tese da discricionariedade judicial<sup>29</sup>. Esta última, embora tenha o mérito de reconhecer a dimensão criativa da atividade judicante e a incompletude inerente à legislação, não autoriza concluir que o julgador decide de forma puramente subjetiva, segundo suas convicções pessoais. Ao contrário, a decisão deve ser construída de maneira discursiva, racional e justificada, orientada tanto pelo dado pelo legislador, pelos precedentes e formulações da dogmática jurídica.

Releva ainda considerar que o direito possui uma dimensão valorativa externa que transcende o âmbito interno de obrigatoriedade das regras jurídicas, envolvendo uma reflexão sociológica sobre as razões pelas quais ele é reconhecido como válido e vinculante pelo corpo social. Cabe ao sistema jurídico oferecer fundamentos racionais para a ação social, de modo que não baste uma constatação descritiva da obediência cotidiana e irrefletida à lei: é imprescindível estabelecer uma relação de compromisso e integração entre direito e moral<sup>30</sup>, capaz de legitimar e sustentar a autoridade normativa do ordenamento. Assim, a legitimidade do direito não repousa apenas na autoridade legislativa, mas também na capacidade de fornecer razões públicas que sustentem sua aceitação social e política.

### **3. O TESTE DA PROPORCIONALIDADE E O CONTROLE CONSTITUCIONAL DAS INTERVENÇÕES EM DIREITOS FUNDAMENTAIS**

As normas de direitos fundamentais vinculam o legislador, o executivo e a jurisdição, traço característico e identificador do Estado de direito constitucional democrático. É tarefa da

---

<sup>29</sup> Tese criticada por Dworkin e sua teoria distintiva da adjudicação, que entende que os juízes não criam o direito (que para o autor seria antidemocrático), senão que nos casos difíceis sempre há uma resposta correta, que se orienta por um conjunto consistente de princípios, implícitos ou explícitos, existentes no ordenamento jurídico (teoria unicompreensiva do direito). Essa tarefa hercúlea, Dworkin atribui a um juiz ideal (Hércules). Sob esse aspecto, importa as observações de Hart (1994).

<sup>30</sup> Por certo que não se defende uma espécie de moralização do direito. Aliás, registra-se que o próprio positivismo jurídico se presta para um controle exigente de constitucionalidade, inclusive pela proporcionalidade. Ora, se os positivistas já admitem a existência de relação contingente entre o direito e a moral, pois os modernos sistemas positivos já incorporaram critérios materiais de validez (caso da regra de reconhecimento de Hart, que alberga princípios morais), pode-se chegar à conclusão de que o positivismo jurídico admite a correção da lei pela moral. Por isso, é – o positivismo jurídico – compatível com teorias argumentativas. Aliás, um aspecto por demais controvertido na teoria de Alexy repousa no argumento central de que a moral “corrige” o direito.

jurisdição constitucional guardar a constituição e, assim, a proteção dos direitos fundamentais. Entretanto, esse arranjo institucional não está imune a tensões e conflitos, pois a antiga aspiração de submeter a política ao direito e de impor limites ao exercício do poder enfrenta obstáculos consideráveis, em grande medida decorrentes da falta de objetividade e da inerente indeterminação das normas de direitos fundamentais e das soluções constitucionais compromissárias. Um dos dilemas centrais reside justamente na difícil tarefa de traçar fronteiras claras entre a competência legislativa e a competência jurisdicional.

O pensamento jurídico do constitucionalismo contemporâneo, até mesmo em razão dos riscos de experiências históricas traumáticas sob regimes totalitários, não abre mão do controle de constitucionalidade das leis em favor das pretensões do governo de simples maiorias parlamentares (Sandel, 2023). Mas isso coloca o problema da determinação dos parâmetros constitucionais que delimitem o alcance da atuação revisora dos tribunais e, por consequência, contenham o excesso de discricionariedade concentrado nas mãos da jurisdição constitucional. É nesse cenário que se insere o teste da proporcionalidade, concebido como instrumento para aferir a legitimidade das restrições impostas a direitos fundamentais por medidas infraconstitucionais – sejam elas de origem legislativa ou judicial (Lyra, 2020). Por isso mesmo, o teste da proporcionalidade é identificado como sendo o limite dos limites.

A determinação desses limites, contudo, revela-se tarefa complexa, pois a indeterminação dos conteúdos materiais da Constituição impede que se estabeleça, de antemão, o que exatamente ela proíbe ou permite, bem como os patamares aceitáveis de restrição. Assim, por exemplo, estas questões. Da garantia constitucional do direito à vida poderia derivar, além da proteção de viver, um eventual direito de morrer – como no caso do suicídio assistido? A proteção da vida teria caráter absoluto, a ponto de afastar a recusa a transfusão de sangue por Testemunhas de Jeová? Ademais, a própria Constituição abriga princípios e diretrizes potencialmente conflitantes, como a proteção à honra e a liberdade de expressão ou de informação, que com frequência entram em colisão uns com os outros nos casos concretos submetidos à jurisdição (Lopera Mesa, 2023).

Socorrer-se da proporcionalidade como estrutura discursiva para resolver as tensões entre os direitos fundamentais tem sido uma tendência do modelo constitucional contemporâneo<sup>31</sup> (Klatt; Meister, 2021). No âmbito da teoria jurídica, a concepção mais articulada para enfrentar os conflitos entre princípios que estabelecem direitos fundamentais é

---

<sup>31</sup> O modelo de constitucionalismo global é representado pelo direito constitucional alemão, isto é, uma decorrência da carga axiológica dos direitos fundamentais como princípios constitucionais que desbordam a todo o ordenamento jurídico (Webber, 2017).

a ponderação – ou proporcionalidade (Klatt; Meister, 2021) –, desenvolvida por Robert Alexy (Bernal Pulido, 2003), doutrinador que nutre a pretensão de demonstrar que a ponderação é um método racional (aritmético) de aplicação do direito (Moresco, 2003). Daí a razão pela qual os tribunais constitucionais primam em empregar o teste de proporcionalidade – ou princípio de proporcionalidade<sup>32</sup> – para análise constitucional das intervenções promovidas em posições jurídicas fundamentais. O fundamento constitucional da proporcionalidade pode ser encontrado na noção de democracia ou do Estado de Direito (Scholler, 1999)<sup>33</sup> e, sobremaneira, do caráter conflitivo dos princípios jurídicos e da interpretação conforme a Constituição (Barak, 2021). Sob o escrutínio da proporcionalidade (Alexy, 2019), a intervenção em direitos fundamentais somente será válida quando: 1) persiga um fim constitucionalmente legítimo<sup>34</sup>; 2) o meio escolhido seja idôneo ou adequado para alcançar o fim almejado pelo legislador; 3) seja necessária, por não existir outro meio igualmente apto ao alcance da finalidade e; 4) que a afetação de direito fundamental resulte justificada pela importância do outro interesse que persegue, ou seja, que exista proporcionalidade entre os sacrifícios e os benefícios obtidos com a intervenção (Lopera Mesa, 2023). Abreviando, a proporcionalidade sedimenta-se como metodologia argumentativa dotada da funcionalidade de determinar o conteúdo definitivo dos direitos fundamentais em casos controversos ou difíceis, isto é, a elaboração das normas de direito fundamental. Pelo teste, é possível verificar se a finalidade declarada na medida estatal é ou não vedada pela Constituição. Além disso, se a medida eleita contribui ou não à efetivação do fim, não se apresentando indiferente ou contraproducente. Também não deve haver meios menos invasivos – igualmente eficientes – para se atingir a finalidade declarada. Derradeiramente, naquilo que se convencionou como o escrutínio da proporcionalidade em sentido estrito, exige-se que o bem ao qual se empresta proteção suplante os sacrifícios a que se submete a outro interesse (Lopera Mesa, 2023). Concluindo, a proporcionalidade legitima-se como estrutura argumentativa vocacionada para resolver a colisão de direitos fundamentais, que, não raro, possuem caráter normativo de princípios (Lopera Mesa, 2023).

---

<sup>32</sup> Não há consenso dogmático quanto à natureza jurídica da proporcionalidade. Costuma ser definida com princípio – de forma majoritária – ou como regra – tese de Virgílio Afonso da Silva (2011) – ou cânone interpretativo – posição de Humberto Ávila (2019). No entanto, para os propósitos do estudo, adota-se a ideia de teste de proporcionalidade.

<sup>33</sup> Na lição de Scholler (1999), a sede material do princípio da proporcionalidade encontra-se no princípio do Estado de direito, o qual, na condição de um princípio constitucional fundamental, vincula o legislador, na medida em que serve de fundamento para o princípio da reserva de lei proporcional.

<sup>34</sup> Em última análise, significa que o fim (bem ou valor) deve ser relevante, ou seja, deve possuir amparo na Constituição. Nesse sentido, inclusive, a versão débil dos direitos fundamentais como trunfos – ou a ideia dos direitos fundamentais como trunfos no interior do princípio da proporcionalidade (Klatt; Meister, 2021).

A incidência do teste da proporcionalidade no controle da atividade do legislador ou julgador requer, em primeira mão, que se demarque o âmbito normativo protegido pela norma. Devem ser definidos quais são os direitos fundamentais afetados ou limitados pela medida interventiva. Também que se demonstrem as posições jurídicas fundamentais afetadas e, ainda, a interferência em direitos fundamentais. Em segundo lugar, deve ser positivada a legitimidade constitucional do fim perseguido (Martins, 2022).

Ultrapassadas as etapas preliminares, ingressa-se na análise das etapas que compõem o teste de proporcionalidade. No âmbito da verificação da adequação, exige-se a demonstração de que a medida adotada, seja de natureza legislativa ou administrativa, revela aptidão objetiva para promover a finalidade normativa declarada. Trata-se de aferir a existência de um nexo de causalidade positiva entre a providência estabelecida pelo legislador e a produção de um determinado “estado de coisas” cuja melhoria ou concretização se busca alcançar. A análise da idoneidade requer comprovação de que a medida fomenta a realização do objetivo legítimo que lhe serve de fundamento.

Além disso, o componente do fim adequado possui uma carga axiológica, pois reflete a noção de que nem todo fim justifica uma restrição a direito fundamental. De dizer, os fins devem derivar dos valores em que se funda a sociedade – fundamento constitucional (Barak, 2021). Satisfeita essa parcial, a argumentação prossegue com o exame da *necessidade*, conhecida como o requisito dos “meios menos restritivos” (Barak, 2021, p. 351). De acordo com esse teste, o legislador deve escolher, dentre todos os meios que possam promover o propósito da medida restritiva, aquele que menor restringe direito humano fundamental. Estabelece-se a comparação entre o fim da medida legislativa elencada e da ausência (hipotética) de outro meio legislativo que seja menos danoso ao direito em questão (igualmente eficazes à promoção do fim da lei). Se houver alternativa menos restritiva capaz de alcançar o fim da medida, então não há necessidade desta. Portanto, o teste somente tem lugar quando o cumprimento do fim for possível de ser realizado por outros meios racionais alternativos (Barak, 2021), desde a perspectiva das posições jurídicas fundamentais do objeto de intervenção. Afirmadas positivamente ditas parciais, a medida restritiva é submetida ao escrutínio da *proporcionalidade em sentido estrito*, para a qual deve existir uma relação proporcional entre os benefícios que se obtêm com o cumprimento do fim e a vulneração causada a direito fundamental com a obtenção de tal fim. A parcial requer ponderação dos benefícios obtidos pelo público e a vulneração provocada em direitos fundamentais com o uso dos meios selecionados pela lei para obtenção do fim adequado, que pode ser aplicado às restrições fundamentadas em regras e/ou princípios (Barak, 2021), permitindo que se pondere

entre a intensidade da restrição imposta a direitos fundamentais e os possíveis benefícios utilitários obtidos com a medida interventiva. Nesse âmbito, interdita-se o excesso ou defesa ausente/insuficiente a posições jurídicas fundamentais.

A teoria dos direitos fundamentais desenvolvida por Alexy identifica a proporcionalidade em sentido estrito com a ponderação, ferramenta metodológica que se destina à solução dos casos de colisão entre princípios e se acha estruturada em três etapas: (a) o grau de afetação e de satisfação de cada princípio em virtude da intervenção; (b) o peso abstrato ou a relevância material dos bens jurídicos que esses princípios protegem; e (c) o grau de segurança epistêmica das premissas empíricas que amparam os argumentos favoráveis ou contrários à medida restritiva.

No que tange à primeira variável – grau de afetação –, procede-se à mensuração da intensidade e da duração com que a intervenção incide sobre as posições jurídicas fundamentais, classificando-a tipicamente nos patamares de leve, moderada ou grave restrição. A segunda variável – peso abstrato dos princípios – parte do postulado de igualdade formal entre os princípios constitucionais de conteúdo material, reconhecendo, contudo, que sua importância relativa se modifica em função das particularidades fáticas do caso concreto e do horizonte argumentativo assumido pelos partícipes do discurso constitucional.

A atribuição de peso, na terceira etapa da ponderação, obedece a critérios normativos e axiológicos que funcionam como parâmetros de racionalidade da decisão, entre os quais destacam-se: (1) a posição hierárquica ocupada pelos princípios em disputa no sistema constitucional; (2) a precedência, em regra, dos princípios que consagram direitos individuais sobre aqueles que tutelam bens coletivos e, destes, sobre os orientados à proteção das instituições estatais; (3) a proteção reforçada que a Constituição outorga aos procedimentos legislativos voltados à revisão ou supressão de direitos fundamentais; (4) a vinculação da posição jurídica afetada aos valores estruturantes do princípio democrático e da dignidade da pessoa humana; e (5) a autoridade dos precedentes jurisprudenciais e das construções doutrinárias que tenham estabelecido prioridades condicionadas entre princípios em conflitos similares<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> Nesse aspecto, de vital importância a lição de Bulygin (2005), quando ressalta que na decisão judicial ou resolução do caso concreto (disposição ou mandato), os juízes, a bem da verdade, criam regras gerais e não normas individuais. A razão é singela: as normas individuais não atendem o critério fundamental da generalidade, pois somente obrigam as partes. Assim, as regras gerais nada mais são que a base normativa dos denominados casos atípicos, isto é, casos em que não há regras, ou, ainda, nas hipóteses de antinomias e da existência de mais de uma solução possível. Dessa forma, normas gerais são encontradas nas razões de decidir, ou seja, da definição dos conceitos normativos e demais definições jurídicas. Ora, como os princípios são indeterminados, é necessário que se defina o seu conceito e se estabeleça a referência ao caso concreto e, no que relevante, que se afirme uma relação de precedência para determinados conflitos principiológicos. Certamente que as razões de decidir não são

Nesse aspecto, a teoria dos princípios confere à ponderação esquema de “peso abstrato” de direitos importantes – o que não se confunde com prioridade absoluta e/ou versão forte dos direitos fundamentais como trunfos de Dworkin (2017) –, permitindo, no interior da proporcionalidade – na fórmula de peso –, um “*trumping*” entre princípios com pesos abstratos diferenciados (Klatt; Meister, 2021). Aliás, na versão débil dos princípios como trunfos (acolhida), não há óbice para que princípios tidos como absolutos submetam-se à ponderação, fato que pode ser exemplificado com o direito à vida, que não obstante possua prioridade quase que absoluta, pode ceder no confronto com a dignidade da pessoa humana – que possui peso abstrato extremamente relevante (Klatt; Meister, 2021). Por esse motivo, na argumentação jurídica da proporcionalidade há uma estreita vinculação do intérprete às decisões já tomadas pelo legislador e pelos tribunais<sup>36</sup>. Logo, se a lei, o precedente ou a dogmática estabelecem claramente a decisão para o caso concreto – e sem reparos sérios no aspecto da correção material –, o caso se decidirá pelo argumento da autoridade ou pela subsunção (Alexy, 2016)<sup>37</sup>. Agora, se o caso envolver colisão de princípios, é possível que haja, inclusive, prioridade abstrata de um princípio em detrimento de outro (caso da vedação da tortura *versus* segurança coletiva). Na terceira variável – da relevância da qualidade epistêmica das informações que dão base argumentativa a favor e contra a intervenção legislativa –, estabelece-se a orientação de que, quando se tratar de intervenções severas em direitos fundamentais, as informações devem ser seguras e robustas.

Com a observância da dogmática jurídica da proporcionalidade, aufere-se maior racionalidade e previsibilidade às decisões judiciais, em especial àquelas que não são passíveis de serem resolvidas pela subsunção.

---

obrigatórias; todavia tais normas gerais podem adquirir vigência e integrar a ordem jurídica (sendo vinculativos: precedentes). Por isso, a importância do cuidado argumentativo e precisão na definição dos conceitos, além do respeito à redundância, condições da racionalidade do direito.

<sup>36</sup> Nesse particular, a tese da “ponderação definicional” de Moresco (2003) é atraente, porque limita a ponderação abstrata de Alexy (“*ad-hoc*” ou sempre referida a um caso individual), pois Moresco trabalha com o “peso abstrato” dos princípios de forma independente das circunstâncias fáticas do caso. Com isso, há maior previsibilidade à ponderação judicial. Com efeito, partindo-se do “universo do discurso” (Alchourrón; Bulygin, 1971) ou problema normativo, é possível selecionar, *prima facie*, os princípios que regem ação no caso individual, além de apresentar os casos paradigmáticos já decididos pelo judiciário e as possíveis reconstruções normativas que devem ser “subsumidas” ao caso individual (p. e., liberdade de imprensa *versus* direito a intimidade/honra; afinal soa consensual que informações verídicas e de relevância pública possuem uma preferência condicionada com relação a proteção a honra; liberdade religiosa – testemunhas de Jeová – *versus* proteção à vida).

<sup>37</sup> No dizer do autor (Alexy, 2016), somente quando a lei, o precedente e a dogmática não apresentam resposta a uma questão jurídica é que são necessárias valorações adicionais que não podem ser extraídas do material autorizativo ou institucional já estabelecido. Assim, só há ponderação no caso especial. Aliás, como já sinalizado em outro escrito: nas hipóteses em que não há colisão de princípios, não se pondera; ao contrário, aplica-se a lógica formal subsunção (Alexy, 2003). Reputa-se questionável a crítica no sentido de que a ponderação consagra a discricionariedade judicial, pois a jurisprudência e dogmática constitucional já consagram preferência condicionada para alguns princípios, ou não?

A ponderação não exclui a margem de discricionariedade, sobretudo no momento em que se atribui primazia a um princípio em detrimento de outro. Ainda assim, o espaço decisório residual deixado ao julgador é menos amplo do que frequentemente se supõe. Isso porque a determinação da primazia – sempre relativa – entre princípios é orientada por critérios previamente estabelecidos, notadamente aqueles consolidados na jurisprudência dos tribunais e na elaboração sistemática da dogmática jurídica.

Por esse motivo, valoram-se como injustificadas as críticas endereçadas à ponderação, especialmente no sentido de que teria forjado o surgimento da “indústria de princípios”, estabelecida ao redor do núcleo de seguidores de Alexy (Poscher, 2016). Também é desmedida a denominada “objeção institucional” (Alexy, 2019, p. 265-280), que, ao explicitar a natural tensão entre a democracia e o sistema de direitos no âmbito dos estados constitucionais, alude que a proporcionalidade – a qual extremou a relação conflitiva – deu forma ao modelo da Constituição-total, que, ao conferir extraordinário poder de revisão ao tribunal constitucional, usurpa a competência do legislador democrático<sup>38</sup>. Ora, a objeção institucional desconsidera o fato de que a dimensão autorizativa do legislador (segurança jurídica) compõe o teste da proporcionalidade pelo instituto dos princípios formais<sup>39</sup>.

Corresponde aos princípios formais, em resumidas palavras, nos limites do estudo, fundamentar a validade formal das normas jurídicas, porque elas são produtos de procedimentos legislativos anteriores (Alexy, 2019). Nesse afã, os princípios formais preservam as margens de liberdade ponderativa e decisória do legislador<sup>40</sup> e, no relevante, contêm exigências de se tratar determinadas decisões normativas como vinculantes, a despeito da questão da correção material e/ou conteúdo (Sieckmann, 2022)<sup>41</sup>. Portanto, os princípios formais exigem que a autoridade de normas devidamente produzidas e socialmente eficazes seja levada a sério. O

---

<sup>38</sup> No entanto, Alexy (2008) adota justamente o modelo da Constituição-marco, tese destacada por ele destacado a fim de responder a crítica no sentido de que a sua teoria dos princípios e a ponderação conduziram a consolidação de uma ideia de Constituição material (total).

<sup>39</sup> Para Alexy (2022), os princípios formais são princípios – comandos de otimização, ou normas que exigem que algo seja implementado de maneira ótima. Assim, a diferença entre princípios materiais e princípios formais repousa ao objeto da otimização, porque enquanto os princípios materiais pretendem dar máxima efetividade possível aos direitos fundamentais propriamente ditos, os princípios formais prestam-se a ponderar as decisões jurídicas (independentemente de seu conteúdo) e a autoridade legislativa.

<sup>40</sup> Atienza e Ruiz Manero (2001) concebem princípios formais como princípios institucionais, isto é, como nova categoria de normas, que levam em consideração o aspecto sociológico do direito (sua aceitação) e o caráter autorizativo da produção legislativa das normas. As normas, segundo os autores, dividem-se em regras (razões operativas de caráter peremptório ou protegido); os princípios (razões não peremptórias, razões de correção, que devem ser balanceadas com outras razões (ou princípios em sentido estrito) e princípios-diretrizes (pautas que incorporam razões finalistas, tais como direitos econômicos e sociais).

<sup>41</sup> Para Sieckmann (2022), há várias definições de princípios formais, dentre as quais: a) de tornar vinculantes os resultados dos processos de criação ou conhecimento das normas; b) de conferir primazia a primeira decisão tomada (do legislador), que deve ser vinculante para outros órgãos; c) de estabelecer o caráter vinculante das normas ou decisões normativas independentemente de sua correção material (a competência decisória).

caso ilustrativo dos princípios formais é o princípio da democracia, o qual confere ao legislador democrático a primazia para tomar as decisões que são importantes para a sociedade como um todo e, por esse motivo que sejam observadas na maior medida do possível, não só em deferência a autoridade, mas sobretudo pelo escopo de uma autoridade jurídica (Wang, 2022). Limita-se o alcance da discussão sobre a validade moral das normas em respeito às competências decisórias do legislador democraticamente legitimado, desde que, é claro, compatíveis com as exigências da Constituição (Sieckmann, 2022).

Para cumprir tal função, eles – os princípios formais – conferem um “corredor”, ou “margem de liberdade”, isto é, discricionariedade estrutural para definir objetivos e meios (objeto dos testes da adequação e necessidade), sendo que somente os meios abertamente inadequados ou não necessários podem ser declarados inconstitucionais (Bernal Pulido, 2013, p. 129). Corresponde, pois, ao legislador, a discricionariedade para sopesar sempre que houver um impasse entre princípios colidentes. Para além, os princípios formais conferem ao legislador discricionariedade substancial (que corresponde àquilo que a Constituição deixa livre ao legislador dispor, isto é, tudo aquilo que a Constituição não proíbe ou ordena) e epistêmica (quando o conhecimento daquilo que é proibido ou ordenado por normas constitucionais é incerto). Esta, a discricionariedade epistêmica, divide-se em: a) empírica, a qual autoriza o legislador a adotar medidas legislativas com base em premissas incertas e inconclusas – bastando que sejam defensáveis e/ou plausíveis ou não evidentemente falsas – (Alexy, 2022), que pode ser ilustrada no caso de estabelecer os perigos associados ao uso da *cannabis*<sup>42</sup>, porque entre as possibilidades de liberação do uso e manter a punição para a proteção da saúde, na ausência de estudos científicos conclusivos, concedeu-se ao legislador a prerrogativa de decidir qual a política que deve ser adotada e a intervenção em direitos fundamentais com base em premissas incertas (Alexy, 2019). No âmbito da discricionariedade epistêmica normativa, a incerteza refere-se a premissas normativas, pois a compreensão do conteúdo demandado pelos direitos fundamentais é incerta, havendo dois ou mais pontos de vista defensáveis na interpretação da Constituição (ou do caráter indeterminado da Constituição). Assim, havendo concepções jurídicas ou constitucionais concorrentes – sem avaliação inequívoca –, deve ser preservada a margem discricionária ou interpretação ponderativa do legislador (Sieckmann, 2022)<sup>43</sup>. Tal discricionariedade pode ser exemplificada na criminalização do aborto (em sentido

---

<sup>42</sup> De acordo com o caso BVerfGE 90, 145 (Bundesverfassungsgericht, 2023).

<sup>43</sup> Esse é o típico caso de aplicação de princípios formais e/ou de se atribuir ao judiciário ou ao órgão controlado (legislador), pois se trata de uma ponderação sobre competências. Ora, se não há avaliação inequívoca do caso jurídico, que prevalece a ponderação do legislador. Afinal, é correto afirmar que as regulações legislativas também devem ser consideradas como expressão de juízos de ponderação constitucionais (Sieckmann, 2022).

amplo), pois, além de envolver princípios materiais concorrentes, a autonomia da gestante e proteção da vida do nascituro, abarca o princípio da democracia<sup>44</sup>.

Em conclusão, os princípios formais acomodam o elemento da autoridade democrática no interior da proporcionalidade e, com isso, configuram verdadeiramente uma teoria da discricionariedade do legislador. Nela, preservam-se o aspecto institucional e democrático do direito e minimizam-se os riscos da teoria dos direitos fundamentais converte-se numa constitucionalização excessiva do ordenamento jurídico (a “hiperconstitucionalização” do direito); ou da possibilidade de a teoria dos princípios convolar-se em uma teoria moral da interpretação jurídica: a transição do Estado legislativo ao Estado de interpretação constitucional.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. As hipóteses de maior complexidade na aplicação do direito, especialmente aquelas que requerem a interpretação e aplicação das normas de direitos fundamentais e naqueles em que há antinomias normativas, ausência de regras ou colisão de princípios, normalmente identificados como casos difíceis, evidenciam exatamente o traço da textura aberta do ordenamento jurídico. Nesses contextos, situados naquilo que Hart denominou zona de penumbra, inexistente regra específica capaz de regular de modo direto a hipótese em exame. A partir dessa indeterminação, a atuação jurisdicional não deve escapar da interpretação e aplicação criativa do direito assentada em fundamentação conforme as exigências de justificação da argumentação racional. Quando o caso concreto se insere no núcleo de certeza da norma, dentro da moldura textual da regra, e não há incompatibilidade com a Constituição, prevalece a autoridade normativa da regra, sendo o conflito solucionado pela operação clássica da subsunção. Mesmo assim, cabe ao intérprete e aplicador do direito justificar racionalmente a escolha das premissas.

---

<sup>44</sup> Questão controversa e que vai além do escopo deste trabalho é estabelecer a forma pela qual se revela possível a ponderação dos princípios formais, bem como se é possível ponderar um princípio material com um princípio formal e vice-versa. Borowski (2022) defende a teoria da “aglutinação” e, pois, a tese no sentido de que os princípios materiais podem ser ponderados em conjunto com os princípios formais. Alexy (2022), por sua vez, alude da existência de dois níveis de ponderação em um modelo epistêmico. Na ponderação de primeira ordem entra a fórmula de peso e os princípios materiais. Já na ponderação de segunda ordem, a discricionariedade epistêmica, pois os direitos fundamentais exigem não somente otimização material, senão que também epistêmica. Sieckmann (2022) defende os princípios formais são derivados dos princípios materiais e, por isso, os princípios formais não existem sozinhos, senão que derivam dos princípios materiais. Nesse sentido, os princípios formais são concorrentes, pois as competências decorrem dos princípios materiais em discussão e, sob esse aspecto, orientam a ponderação sobre as competências (legislador *versus* judiciário).

2. Nas zonas de abertura do direito, a proporcionalidade possui estrutura discursiva para resolver as tensões entre os direitos fundamentais, seguindo o modelo constitucional global. A sua função primordial é exercer controle de constitucionalidade de leis, atos normativos e administrativos que intervêm em posições jurídicas fundamentais. Trata-se de metodologia fundada em cálculos aritméticos expressos na fórmula de peso – a técnica da ponderação de princípios concorrentes.

3. A proporcionalidade como doutrina jurídica é metodologia composta por passos racionais (ou testes) e destina-se à resolução da colisão de princípios, que estabelecem cargas probatórias e discursivas necessárias para a intervenção em direitos fundamentais. Urge, pois, que se estabeleça no universo do discurso o âmbito de proteção da norma, com a seleção dos princípios concorrentes. Passo seguinte é submeter a medida interventiva em posições jurídicas fundamentais ao escrutínio dos testes do fim legítimo, da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Aliás, somente com a observância desses passos metodológicos é que se pode criar normas claras e justificáveis à luz de valores morais compartilhados pelo coletivo social. Do contrário, há altas margens de discricionariedade e a imposição de interesses particulares (ou uso retórico da proporcionalidade para encobrir decisões discricionárias). Ora, a aplicação do teste da proporcionalidade requer que se desenvolva uma argumentação racional e o especial cuidado argumentativo.

4. A proporcionalidade, que se presta a uma aproximação analítica de campos epistêmicos complexos e à complexidade da realidade social no interior do constitucionalismo global, não é uma “condenação” à discricionariedade judicial. Aliás, o fenômeno da discricionariedade judicial não é passível de ser eliminado dos discursos de aplicação do direito. Ora, em face da textura aberta do direito, a discricionariedade somente pode ser controlada ou limitada via um controle que se estabeleça em termos normativos e argumentativos, conferindo-se previsibilidade às decisões judiciais e, assim, segurança jurídica. Nesse particular, argumenta-se, sem que isso signifique refutação à doutrina de Alexy, que os tribunais e cortes superiores, ao formularem normas gerais à decisão do caso concreto, delimitam o universo do discurso da ponderação, porque estabelecem precedência “abstrata” de determinados princípios constitucionais. As cortes terminam por estabelecer espécie de ponderação definicional, que desonera, em termos argumentativos, a atividade do julgador e restringe os espaços discricionários. Também, a proporcionalidade não despreza o caráter autorizativo do direito e, pois, a legitimidade institucional do legislador, porque os insere no teste pela ponderação dos princípios formais, os quais possuem a função de preservar a competência institucional do

legislador, estabelecendo que, nos casos de discricionariedade substancial e epistêmica, prevalece o poder conformador dele.

## REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **Lo racional como razoable**: un tratado sobre la justificación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALCHOURRÁN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **Normative systems**. Nova York: Wien-Springer, 1971.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. **Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad**. Gonzalo Villa Rosas (coord.). Lima: Palestra, 2019.

ALEXY, Robert. **La doble naturaliza del derecho**. Madrid: Trotta, 2016.

ALEXY, Robert. On balancing and subsumption. A structural comparison. **Ratio Juris**, [S.l.], n. 16, p. 433-449, 2003.

ALEXY, Robert. Posfácio. *In*: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *In*: ALEXY, Robert. **Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad**. Lima: Palestra, 2019.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: teoria do discurso racional como teoria de justificação jurídica. Tradução de Zilda H. S. da Silva. São Paulo: Landy, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de E. Garzón Valdes. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALEXY, Robert. Principios formais. *In*: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; BOROWSKI, Martin (org.). **O debate sobre a teoria dos principios formais de Robert Alexy**. Madrid: Marcial Pons, p. 111-129, 2022.

ALPACA PÉREZ, Alfredo. **Teoría das normas e injusto penal**. Madrid: Marcial Pons, 2022.

ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica. **Doxa**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, v. 24, 2001.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos principios**: da definição à aplicação dos principios jurídicos. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BARAK, Aharon. **Proporcionalidad**: los derechos fundamentales y sus restricciones. Lima: Palestra, 2021.

BERNAL PULIDO, Carlos. Estructura y límites de la ponderacion. **DOXA**, [S.l.], n. 26, p. 225-238, 2003.

BERNAL PULIDO, Carlos. **O direito dos direitos**: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. Madrid: Marcial Pons, 2013.

BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**. Tradução de Karina Janninni. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BOMHOFF, Jaccob: Proportionality: thinking comparatively about constitutional review and punitiveness. *In*: VOCKI, Jackson; TUSHNET, Mark. **Proporcionalidade**. New Frontiers. New challenges. London: Cambridge University Press, 2017.

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Colômbia: Universidad de Externado, 2003.

BOROWSKI, Martin. Os princípios formais e a fórmula de peso. *In*: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; BOROWSKI, Martin (org.). **O debate sobre a teoria dos princípios formais de Robert Alexy**. Madrid: Marcial Pons, p. 61-109, 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 934258/RS**. Impetrante: Hiago Ferreira Mendes. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Paciente: Naiane Ribas Boeira. Interessado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relatora Ministra Daniela Teixeira, julgado em 08 de agosto de 2024a. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202402888259&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 10 jan. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial REsp nº 1676393/SP**. Recorrente: Editora Abril S.A. Recorridos: Elisabeth Leonel Ferreira; Guilherme Leonel Gushiken; Artur Leonel Gushiken; Helena Leonel Gushiken. Relator: Ministra Nancy Andrichi. Data de Julgamento: 07 de novembro, 2017. Disponível em: <https://encurtador.com.br/y3iTM>. Acesso em: 10 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade nº 43/DF**. Requerentes: Partido Ecológico Nacional – PEN. Intimados: Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados e Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Marco Aurélio, 28 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1771510913/inteiro-teor-1771510916>. Acesso em: 10 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1.212.272 (Tema 1.069). Relator: Min. Gilmar Mendes. 25 de setembro de 2024. **Informação a sociedade**, Brasília, 25 set. 2024b. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE1.212.272.Testemunhadejeova769vAO.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2025.

BULYGIN, Eugenio. Creación y aplicación del derecho. *In*: ATRIA, Fernando *et al.* (coord.). **Lagunas del derecho**. Una controversia sobre el derecho y la función judicial. Madrid: Marcial Pons, 2005.

BULYGIN, Eugenio. Sentencia judicial y creación de derecho. *In*: ALCHOURRÓN, Carlos.; BULYGIN, Eugenio. **Análisis lógico y derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. Federal Constitutional Court. Judicial referrals regarding the criminalisation of cannabis products inadmissible. **Bundesverfassungsgericht**, Karlsruhe, n. 65, 2023. Disponível em: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2023/bvg23-065.html>. Acesso em: 15 fev. 2025.

COTTA, Sergio. **Que es el derecho**. Madrid: Rialp, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GARCIA AMADO, Juan Antonio. El juicio de ponderación y sus partes: una crítica. *In*: ALEXY, Robert (org.). **Derechos sociales y ponderación**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007. p. 249-331.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; LYRA, José Francisco Dias da Costa. A inconstitucionalidade da criminalização da assistência ao suicídio e o teste da proporcionalidade: uma perspectiva comparada de cortes constitucionais. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 11, n. 2, e 267, p. 01-39, maio/ago. 2024.

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Tradução de Raúl Sanz Burgos e de José Luis Muñoz de Baena Simón. Madrid: Trotta, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. 3. ed. Tradução de Ana Maria Bernardo *et al.* Lisboa: Dom Quixote, 2000.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 3. ed. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Celeste Gulbenkian, 1994.

HART, Herbert. El nuevo desafío del positivismo jurídico. Tradução de Liborio Hierro, Francisco Laporta e de Juan Ramón Páramo. **Sistema**, [S.l.], n. 36, maio, 1980.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Tradução de Pedro Cruz Villalón e Miguel Azpitarte Sánchez. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

KAUFMANN, Arthur. **La filosofía del derecho em la postmodernidad**. 3. ed. Bogotá: Temis, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

KLATT, Mathias; MEISTER, Moritz. **La estructura constitucional del principio de proporcionalidade**. Madrid: Marcial Pons, 2021.

LASH, Scott. **Crítica de la información**. Buenos Aires: Amorrortu, 2005.

LOPERA MESA, Gloria Patricia. **Principio de proporcionalidade y ley penal**: bases para un modelo de control de constitucionalidade de las leys penales. Lima: Palestra, 2023.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedade**. 2. ed. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Barcelona: Herder, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Los derechos fundamentales como institución**: aportación a la sociología política. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2010.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. Do mediating principle da proporcionalidade à determinação da pena proporcional à gravidade do fato: fundamentos para uma teoria normativa redutora da subjetividade do julgador. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 28, n. 171, p. 89-129, set. 2020.

MARTINS, Leonardo. **Direitos fundamentais**: conceito permanente – novas funções. Madrid: Marcial Pons, 2022.

MORESCO, José Juan. **Alexy y la aritmética de la ponderación**. [S.l.], 2003. Disponível em: <https://studylib.es/doc/5714148/alex-y-la-aritmética-de-la-ponderación-jos-juan-moresco>. Acesso em: 10 fev. 2025.

MORESCO, José Juan. Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos. **Arbor**, Madrid, p. 821-831, set./out. 2010.

MORESCO, José Juan. **La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

MORESO, Josep Joan. En defensa el positivismo jurídico inclusivo. *In*: REDONDO, María Cristina; LÓPEZ, Pablo Eugenio Navarro (comp.). **La relevancia del derecho**: ensayos de filosofía jurídica, moral y política. Barcelona: Gedisa, p. 93-116, 2002.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica**: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

POSCHER, Ralf. Teoria de um fantasma: a mal sucedida busca da teoria dos princípios pelo seu objeto. Tradução de Eduardo Vandré Lema Garcia. *In*: CAMPOS, Ricardo (org.). **Crítica da ponderação**: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social. São Paulo: Saraiva, p. 63-96, 2016.

RAWLS, John. **Direito dos povos**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

RAZ, Joseph. **Entre la autoridad y la interpretación**. Sobre la teoría del derecho y la razón práctica. Madrid: Marcial Pons, 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (4. Câmara Cível). **Agravo de Instrumento nº 5143665-13.2022.8.21.7000/RS**. Agravante: Segredo de Justiça. Agravados: Segredo de Justiça. Relator: Desembargador Eduardo Uhlein. Data de Julgamento: 23 de novembro de 2022. Disponível em: <https://vlex.com.br/vid/acordao-n-51436651320228217000-tribunal-934134533>. Acesso em: 20 fev. 2025.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 5002804-56**. Apelante: Segredo de Justiça. Apelado: Segredo de Justiça. Relator: Eliziana da Silveira Perez. Data de Julgamento: 01 de março de 2024.

SÁCHEZ-OSTIZ, Pablo. **Fundamentos de policia criminal**: un retorno a los principios. Madrid: Marcial Pons, 2012.

SANDEL, Michael J. **O descontentamento da democracia**: por que razão vivemos tempos perigosos e o que temos de fazer para mudar. Tradução de António Costa Santos Lisboa: Presença, 2023.

SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet. **Interesse Público**, São Paulo, n. 2, p. 93-107, 1999.

SIECKMANN, Jan-R. Competências para ponderar. *In*: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; BOROWSKI, Martin. **O debate sobre a teoria dos princípios formais de Robert Alexy**. Madrid: Marcial Pons, p. 131-153, 2022.

SIECKMANN, Jan-R. **El modelo de los principios del derecho**. Colombia: Universidad de Externado, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça**: uma teoria sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Martins Fontes, 2023.

VOGL, Joseph. **Capital y resentimiento**: una breve teoría del presente. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2023.

WANG, Peng-Hsiang. Princípios formais como razões de segunda ordem. *In*: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. **O debate sobre a teoria dos princípios formais de Robert Alexy**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, p. 259-280, 2022.

WEBBER, Grégoire. Proportionality and absolute rights. *In*: VOCKI, Jackson; TUSHNET, Mark. **Proportionality**. New Frontiers. New challenges. London: Cambridge University Press, 2017.

## O HIGIENISMO SOCIAL CONSTITUÍDO EM SANTA CATARINA COMO POLÍTICA URBANA

*SANTA CATARINA'S SOCIAL HYGIENISM AS URBAN POLICY*

Amanda Machado de Liz<sup>1</sup>  
*Universidade de Brasília*

Camila Damasceno de Andrade<sup>2</sup>  
*Universidade Federal de Santa Catarina*

Evaldo José Guerreiro Filho<sup>3</sup>  
*Universidade Federal de Santa Catarina*

### **Resumo:**

Este trabalho visa analisar o caráter higienista das recentes legislações publicadas nas cidades catarinenses, sobretudo a Lei Municipal n. 11.134, de 2024, de Florianópolis, que autorizou a internação compulsória de pessoas em situação de rua. Busca-se responder ao seguinte problema: as políticas públicas urbanas relativas à população em situação de rua adotadas no estado de Santa Catarina refletem práticas higienistas que contribuem para a exclusão e segregação social? Apresenta-se a hipótese de que as legislações municipais de remoção de pessoas vulneráveis dos centros urbanos promovem o higienismo social e atendem a interesses privados e demandas do mercado imobiliário. A metodologia utilizada é indutiva e a pesquisa é de natureza qualitativa, fundamentada em análise documental e bibliográfica. Abordam-se os aspectos históricos da constituição do higienismo, que, em sua origem, buscou implementar elementos típicos dos saberes médicos ao controle das sociedades. Em seguida, são apresentados os principais tópicos trazidos pela legislação municipal de Florianópolis, que repete as práticas higienistas do passado, caracterizadas pela marginalização de indivíduos vulneráveis em nome de uma suposta estética urbana. Enfim, observa-se que o Estado tem despendido volumosos recursos com o intuito de promover mudanças urbanísticas de caráter excludente nas cidades.

### **Palavras-chave:**

Higienismo Social; Política Urbana; Circulação Urbana; Controle Social; Urbanização.

### **Abstract:**

This paper aims to analyze the hygienist nature of recent legislation published in cities in Santa Catarina, especially Municipal Law No. 11.134 of 2024, of Florianópolis, which authorized the compulsory hospitalization of homeless people. This study seeks to answer the following question: Do urban public policies related to the homeless population adopted in the state of Santa Catarina reflect hygienist practices that contribute to social exclusion and segregation? The hypothesis is that municipal laws to remove vulnerable people from urban centers promote social hygienism and serve private interests and real estate market demands. The methodology used is inductive and the research is qualitative in nature, based on documentary and bibliographic analysis. The historical aspects of the constitution of hygienism are addressed, which, in its origins, sought to implement typical elements of medical knowledge to control societies. Next, the main topics brought up by the municipal legislation of Florianópolis are presented, which repeats the hygienist practices of the past, characterized by the marginalization of vulnerable individuals in the name of a supposed urban aesthetic. Finally, it is observed that the State has spent large amounts of resources with the aim of promoting aesthetic urban changes of an exclusionary nature in cities.

### **Keywords:**

Social Hygienism; Urban Policy; Urban Circulation; Social Control; Urbanization.

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direitos Humanos e Cidadania pela Universidade de Brasília. Mestra em Direito pela UnB. E-mail: amandaliz.unb@gmail.com

<sup>2</sup> Professora adjunta de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Mestra e Doutora em Direito pela UFSC. E-mail: camila\_damasceno17@hotmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5907-3541>

<sup>3</sup> Mestre em Direito pela UFSC. Advogado. Professor da Uniavan. E-mail: evaldojosegurreirofilho@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4099-9299>

## 1. INTRODUÇÃO

O panorama urbano das cidades catarinenses se destaca por uma evidente valorização imobiliária, impulsionada principalmente pelo turismo e pelo crescente influxo migratório. Tal fenômeno desencadeia um vigoroso ciclo de ocupação do espaço urbano por parte do setor privado, particularmente perceptível nas regiões litorâneas do estado. Contudo, em paralelo a esse processo de valorização, emerge um debate social concernente à população em situação de rua, que vem ganhando proeminência nas maiores cidades do estado.

A regulação e o monitoramento das atividades no espaço público têm sido preocupações constantes para governantes, moldando as estratégias de segurança ao longo da história. Há mais de um século, observa-se que a ociosidade de pessoas nas ruas tem sido objeto de políticas públicas, na tentativa de construir uma ordem urbana marcada pelo controle e classificação da população.

Tal discussão, embora aborde aspectos relativos à saúde pública e à segurança, revela-se essencialmente associada a uma estética higienista que almeja purificar os espaços urbanos por meio da exclusão daqueles que não se adequam ao padrão visual desejado. Esse movimento não apenas espelha um padrão estético-urbanístico, mas também evidencia dinâmicas de exclusão social e privatização dos espaços públicos.

Assim, verifica-se que políticas públicas voltadas à promoção de padrões urbanísticos elitizados, frequentemente associadas à ideia de "higienização social", têm sido implementadas sob o pretexto de garantir segurança, limpeza e qualidade de vida. Essas práticas, no entanto, levantam questionamentos éticos e legais, especialmente quando resultam na exclusão de populações vulneráveis, como é o caso das pessoas em situação de rua, e na restrição de direitos fundamentais garantidos pelo Estatuto da Cidade e pela Constituição Federal.

Nesse sentido, o problema de pesquisa que orienta este estudo consiste no seguinte questionamento: as políticas públicas urbanas relativas à população em situação de rua adotadas no estado de Santa Catarina, especialmente na cidade de Florianópolis, refletem práticas higienistas que contribuem para a exclusão e segregação social? Parte-se da hipótese de que as legislações municipais que têm o intuito de remover as populações vulneráveis dos centros urbanos promovem o higienismo social e são estruturadas para atender predominantemente aos interesses privados, subordinando a atuação estatal às demandas do mercado imobiliário e negligenciando o direito à cidade para parcelas consideráveis da sociedade. Tal processo reforça

desigualdades sociais, desumaniza indivíduos marginalizados e compromete a efetiva garantia dos direitos fundamentais previstos na legislação.

A partir dessas premissas, este estudo busca analisar de que forma as práticas de higienismo social impactam a configuração urbana e os direitos das populações mais vulneráveis, com foco nos desdobramentos dessas políticas em cidades catarinenses.

A pesquisa realizada é de natureza qualitativa e a metodologia utilizada é indutiva, fundamentada na análise documental de legislações, decisões judiciais e planos municipais, bem como em uma revisão bibliográfica. Também foram considerados relatórios técnicos de estudos locais e exemplos concretos de alocação de recursos e serviços públicos em diferentes regiões catarinenses, fornecendo um panorama das dinâmicas de exclusão e valorização diferencial do território.

O estudo se insere no campo das reflexões críticas sobre a urbanização e os direitos sociais no Brasil, destacando a necessidade de se repensar políticas públicas que não apenas reproduzam desigualdades, mas também limitem a participação democrática e a inclusão social nas cidades. Ao articular os aspectos teóricos e práticos do problema, pretende-se contribuir para o debate sobre as contradições das políticas urbanas contemporâneas e os desafios para a efetivação do direito à cidade.

Diante desse contexto, este artigo procederá à análise das características do atual higienismo social catarinense, situando-o no contexto histórico do higienismo urbano no Brasil e destacando suas implicações jurídicas e sociais.

## **2. CIRCULAÇÃO E CONTROLE NA CIDADE**

As regras que organizam a cidade e o espaço urbano variam cultural e temporalmente. São, em suma, padrões de diferenciação social e de separação que revelam os princípios que estruturam a vida pública e indicam como os grupos sociais se inter-relacionam no espaço da cidade. Há muitos anos, como afirma Rolnik (1995, p. 70), a máquina incumbida de controlar a cidade é objeto de disputa dos vários grupos ou forças sociais que se fazem ali presentes.

Logo, desde os primórdios das cidades modernas, circular por circular e desfrutar do espaço público das cidades são atividades escrutinadas — por vezes até criminalizadas — que geram apreensão e atraem a presença da polícia, exceto quando os protagonistas pertencem a grupos privilegiados.

Especialmente a partir do século XIX, os avanços científicos e medicinais passaram a ser utilizados como instrumento de controle social. De acordo com Foucault (2010), o período oitocentista foi responsável por atualizar os mecanismos de poder e controle social, que passaram a buscar na medicina as bases ideais para o seu funcionamento.

Nesse período, surgiram diversas correntes da medicina com enfoque não apenas na saúde individual, mas também voltadas para a saúde das populações e dos próprios espaços urbanos. A população representava, nas palavras de Foucault, “um novo corpo: corpo múltiplo, corpo de inúmeras cabeças, se não infinito pelo menos necessariamente numerável” (Foucault, 2010, p. 206). Nesse sentido, o controle populacional se tornou cada vez mais intenso, e dele surgiu a necessidade de classificar e medir a população através das mais variadas estatísticas, a exemplo das taxas de natalidade e de fecundidade (Anitua, 2008).

O higienismo, ou medicina social, foi uma das abordagens médicas que mais impactou a atuação política, tendo funcionado como um mecanismo do Estado e das classes privilegiadas para definir as formas de normatização e otimização da vida e do trabalho da população. Para o projeto higiênico, a saúde estaria associada à submissão às normas. Assim, a depender de seu nível de concordância com as regras sociais estabelecidas, os indivíduos e suas condutas passaram a ser classificados como normais ou anormais (Mansanera; Silva, 2000; Anitua, 2008).

Em sua origem, o higienismo promovia a ideia de que a desordem e o mau funcionamento da sociedade seriam responsáveis pela disseminação de doenças. A medicina teria a tarefa de refletir e atuar sobre os componentes naturais, urbanísticos e institucionais da sociedade, com o intuito de afastar os perigos iminentes. Com o tempo, o higienismo foi integrado ao discurso estatal e se tornou instrumento de planejamento urbano, justificando a promoção de grandes transformações nas cidades em razão da questão da saúde (Mansanera; Silva, 2000).

Além do higienismo, outro ramo da medicina que ganhou força nesse período foi a psiquiatria, que tinha como escopo o interesse em desvendar as moléstias da mente e não apenas as do corpo. Tendo a loucura como principal objeto de estudo, a psiquiatria se empenhou em classificar os ditos “loucos” como indivíduos alienados em relação a si próprios, incapazes do autocontrole necessário para se conviver nas sociedades burguesas. O confinamento do indivíduo considerado louco passou a ser visto como uma necessidade, pois resguardaria não apenas a ele próprio, mas também a própria coletividade. Houve, pois, uma consonância entre o discurso higienista e o discurso psiquiátrico (Anitua, 2008, p. 246-247).

A psiquiatria se aliou ao projeto higienista e contribuiu para que a forma de atuação das instituições fosse alterada: os hospitais passaram a ser considerados como “máquinas de curar”; os hospícios se tornaram espaços de confinamento disciplinar daqueles indivíduos tidos como anormais; e as prisões assumiram o encargo de receber os grupos indesejados, responsáveis por “sujar” as ruas das cidades (Mansanera; Silva, 2000, p. 118).

O higienismo demonstrou a eficácia das intervenções empreendidas sobre os sujeitos portadores de anomalias. Assim, do ponto de vista higiênico, as instituições totais, tais quais as prisões e os manicômios, bem como a atuação das polícias, foram vistas como meios eficazes de profilaxia social (Anitua, 2008). Tendo em vista o intenso recrudescimento do aprisionamento de supostos portadores de doenças mentais, Foucault (2013) denominou esse período de “grande internamento”, que serviu como pretexto para a detenção e controle de grandes setores indesejados da população.

Observa-se que o monitoramento e a regulação das circulações e atividades no espaço público são, há muito tempo, preocupações centrais dos governantes, o que se reflete em suas estratégias de segurança. Além da ocupação e propriedade do solo para fins de trabalho e moradia, o espaço público tem desempenhado, historicamente, o papel de extensão do espaço pessoal dos dominadores da cidade. Para aqueles que são politicamente marginalizados, a presença no espaço público frequentemente se assemelha à vigilância social, censura pública e restrições políticas (Buck-Morss, 1986, p. 118).

De acordo com Alencastro (1997, p. 77), o evento que marcou a recepção das teses higienistas ao Brasil foi a chegada da família real portuguesa. “[...] a tropicalidade brasileira: o mofo, os cupins, a mosquitada, as chuvas de verão” teriam deixado os monarcas recém chegados em estado de perplexidade. A isso se somaram a ausência de saneamento, a escassez de água própria para o consumo e a disseminação de doenças, que demonstravam a urgência da adoção de medidas higiênicas.

Se até o início do século XIX ainda não havia leis que regulamentassem a limpeza e o uso das cidades, isso se modificou com o avanço das teses higienistas. Há uma série de exemplos da implementação desse projeto: foram transferidos para as periferias das cidades os locais destinados ao abate de animais, à lavagem de roupas, ao corte de lenha, que antes se situavam nos centros das cidades. Conforme D’Incao (2004, p. 188), os velhos sobrados, que tinham o hábito de manter as portas e janelas abertas, fazendo da rua uma extensão do lar, passaram a manter-se de portas e janelas fechadas após as autoridades públicas alertarem sobre os perigos do “mau uso” da casa. Disseminou-se, com isso, a ideia de que a rua e os espaços

públicos seriam ambientes propícios à sujeira e à poluição, sendo dever da sociedade como um todo e das autoridades estatais empreender medidas para assegurar a higiene urbana.

Havia uma preocupação crescente com a disseminação de doenças, com o controle de pragas e com a circulação de grupos sociais considerados perigosos. Consequentemente, a população foi submetida a um conjunto de restrições para que a rua pudesse estar em consonância com o discurso médico. Era necessário dar uma nova face à vida social urbana, o que se aliava à presença de novos valores sociais herdados da Europa. É nesse contexto que a pobreza passou a ser vista como grande empecilho para a modernização das cidades, deixando de ser tolerada nas regiões centrais e levada para locais marginalizados (D'Incao, 2004, p. 188-189).

No Brasil do século XIX, em meio à crise da ordem escravocrata, o combate à ociosidade das pessoas nas ruas marcava os primeiros anos do regime republicano, “construído ao longo do processo histórico sobretudo por meio da elaboração de diferentes modalidades de controle e cidadania” (Cunha, 2020, p. 1.155). Ademais, salienta-se que, desde 1832, já vigorava na legislação brasileira uma medida preventiva que perpetuava esse programa higienista mesmo antes da implementação da República. Prevista no Código de Processo Criminal de Primeira Instância, a medida delimitava como encargo dos juízes de paz, no parágrafo 2º do artigo 12:

Obrigam a assinar termo de bem viver aos vadios, mendigos, bêbados por hábito, prostitutas, que perturbam o sossego público, aos turbulentos, que por palavras, ou ações ofendem os bons costumes, a tranquilidade pública, e a paz das famílias (Império do Brasil, 1832).

A repressão à capoeira, à umbanda, ao maxixe e ao samba são também clássicos exemplos de criminalizados na transição do regime imperial para o regime republicano. O art. 402 do Código Penal de 1890, nos títulos relativos aos crimes contra a pessoa e a propriedade, expressamente criminalizava a capoeira. Ou seja, direcionava o aparato punitivo estatal para aqueles que não estavam inseridos no novo mercado de trabalho.

O crescimento exponencial da população por ano no final do século XIX fez surgir, em diferentes níveis, a preocupação de controlar e classificar, ligada ao objetivo das elites de instituir uma ordem urbana (Fausto, 1984, p. 11). Ressalta-se que o controle populacional não é uma novidade desse período: desde o século XVI, registros de nascimentos, batismos e óbitos, por exemplo, já eram realizados amplamente pela Igreja. Com a modernidade, porém, o Estado passou a ser responsável por essas burocracias, necessárias para o controle social. O século

XIX, portanto, preocupou-se em demasia com as estatísticas, que auxiliaram o movimento higienista ao elucidar os índices de mortalidade e morbidade urbanas (Anitua, 2008).

O maior esforço das polícias nas cidades industriais nascentes era controlar os crimes sem vítimas. A maior quantidade (em geral, mais de 80%) de prisões registradas pelas instituições da ordem foi por “comportamentos desviantes” ou “contravenções”, como embriaguez, “desordens”, entretenimento em grupos (rodas de samba, capoeira) e sobretudo vadiagem (Caldeira, 2014).

Pode-se perceber que o pensamento médico que se disseminou nos primeiros anos da República contribuiu imensamente para a associação entre população pobre e “classes perigosas”, que se tornam sinônimos diante do olhar higienista, como expõe Chalhoub (1996). Outro exemplo que evidencia essa realidade está sintetizado na repressão estatal à vadiagem. Muito embora a vadiagem já fosse criminalizada no Código Criminal do Império, a sua manutenção no Código republicano foi impactada por situações inéditas, como o fim da escravidão, o crescimento populacional e a urbanização. Nas palavras de Correa (2016, p. 9), “o empenho em exterminar a ‘vagabundagem’ - tendo em vista sua contrariedade conceitual ao ‘trabalho’ - começaria a fazer parte de um problema ‘global’ identificado como ‘questão social’”.

As “classes perigosas” ofereciam problemas para a manutenção da ordem pública, representando um verdadeiro perigo social. Ademais, a difusão de uma nova noção de ética do trabalho contribuiu para que a ociosidade fosse compreendida como característica inerente à pobreza, conduzindo à interpretação de que a miséria seria uma consequência da rejeição ao trabalho. Ao mesmo tempo, a repressão e a vigilância se tornaram constantes nas vidas dos agentes expropriados, vítimas de um agravamento do controle social formal (Chalhoub, 1996).

Segundo Santos (2023), essa avaliação da pobreza urbana como um problema social expõe sua desconfiguração como realidade de classe. Nessa perspectiva, o problema é atribuído ao indivíduo, que seria capaz de superar essa condição com base em critérios pessoais, ou visto como uma consequência de uma pressão demográfica massiva, que apresentaria um obstáculo à modernização, entendida como um fenômeno racional da industrialização capitalista. Neste caso, segundo Santos (2023, p. 79), “a preocupação maior é evitar agitações e não impedir a pobreza”.

Assim, as incursões policiais contra grupos populares se alastraram, levando à expulsão da população marginalizada das áreas centrais, forçando-a a habitar regiões periféricas. A criação dos cortiços prenunciou a origem das grandes favelas que hoje se

encontram sobretudo nas zonas de risco habitacional. Os centros urbanos deveriam ficar restritos ao desfrute das camadas privilegiadas, sendo necessária a restrição da circulação de pessoas de nível “inferior”, que foram escamoteadas da paisagem urbana (Nepomuceno, 2012, p. 383-384).

Observa-se, contudo, que a adoção do higienismo como forma de organização dos espaços não ficou restrita ao período pós-colonial, mas mantém sua influência sobre a forma urbana na atualidade. O higienismo enquanto modelo urbanístico não foi superado, mas apenas se adaptou aos novos tempos e assimilou novas técnicas, fazendo-se presente nos mais diversos estados brasileiros. É o que se verifica, por exemplo, no estado de Santa Catarina.

### **3. AS CARACTERÍSTICAS DO HIGIENISMO SOCIAL CATARINENSE**

As cidades catarinenses vêm ganhando projeção nacional quanto à valorização imobiliária (NSC, 2023). Quem vive no litoral do estado consegue observar que esse fenômeno está atrelado a um forte ciclo de ocupação do espaço urbano pela iniciativa privada, sobretudo por meio da conformação da propriedade urbana (lotes/solo, unidades habitacionais e comerciais) decorrente da sua mercantilização. O aumento dessa demanda é provocado pela especulação imobiliária, pelo turismo e pelo grande fluxo migratório de pessoas que, nos últimos anos, vêm escolhendo Santa Catarina para morar (Santa Catarina, 2023).

Conforme Stefaniak e Stefaniak (2011), tendo em vista as particularidades do desenvolvimento urbano do país, o mercado imobiliário não foi capaz de contemplar a demanda de diversos setores da população, que restaram excluídos do acesso à propriedade urbana e, por conseguinte, do direito à uma moradia digna. Inserida dentro desse contexto de vulnerabilidade social se encontra a população em situação de rua, que, desprovida de uma habitação, utiliza-se de instituições sociais ou espaços públicos como moradia (Giorgetti, 2014).

No entanto, muitas cidades catarinenses, sobretudo a capital do estado (Lisboa, 2024), vêm se notabilizando também por um debate social que busca garantir uma forma de retirar dos espaços públicos todas as pessoas em vulnerabilidade que vivem em situação de rua (Paraná, 2024).

Tal movimento se destacou no cenário urbano de Santa Catarina, especialmente na cidade de Florianópolis, após uma série de outras tentativas frustradas (quanto ao padrão de legalidade) de remoção de pessoas em situação de rua em outros lugares do estado (Santos, 2023). Observa-se, portanto, uma crescente preocupação, a nível estadual, com o aumento do

número de pessoas em situação de rua, o que resultou na edição de projetos de lei e na aprovação de legislações que visam ao controle dessa população. São exemplos desse movimento: a Lei Municipal n. 6.333/2024, do município de São José; o Projeto de Lei Ordinária n. 4/2024, do município de Joinville; a Lei Complementar n. 1.573/2024, do município de Blumenau; o Projeto de Lei Ordinária n. 15/2024, do município de Balneário Camboriú; e a Lei n. 8.019/2024, do município de Chapecó.

Quase todas essas tentativas estavam atreladas a um apelo social concernente ao cuidado com a saúde desses cidadãos, embora preponderantemente influenciadas por questões de segurança pública e de limpeza estética da cidade.

Esse fenômeno se consolidou com a Lei Municipal n. 11.134, de 2024, recentemente aprovada em Florianópolis. Tal legislação dispõe sobre a intitulada "internação humanizada" da população em situação de rua do município. Podem ser alvos de internação voluntária ou compulsória as pessoas em situação de rua consideradas dependentes químicas crônicas; aquelas que se encontrem em situação de vulnerabilidade que venha a causar riscos à sua integridade física ou a de terceiros, devido a transtornos mentais pré-existentes ou causados pelo uso de álcool ou drogas; bem como as pessoas incapazes de emitir opiniões ou tomar decisões, por consequência de transtornos mentais pré-existentes ou adquiridos.

Conforme o texto da norma, a internação dita "humanizada", quando realizada sem o consentimento da pessoa em situação de rua, será admitida a pedido de familiar ou do responsável legal ou, na falta deste, de servidor público da área de saúde, da assistência social ou dos órgãos públicos integrantes do Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas (SISNAD), com exceção de servidores da área de segurança pública, que constate a existência de motivos que justifiquem a medida.

Ademais, o Decreto n. 11.134/2024 foi publicado com o intuito de regulamentar a legislação municipal. Ele estabelece que a abordagem inicial deve ser realizada por equipe composta por integrantes da Secretaria Municipal da Assistência Social, com atuação conjunta, quando necessária, da Guarda Municipal de Florianópolis e da Secretaria Municipal de Saúde. As secretarias devem, ainda, acompanhar todo o período de internação.

A Guarda Municipal deverá atuar, preferencialmente, em apoio às equipes da Secretaria Municipal de Assistência Social, mas, de forma excepcional, sua atuação pode ocorrer de forma isolada, quando se perceber na abordagem inicial que se trata de situação que demande intervenção imediata.

Após a abordagem inicial, será lavrado relatório circunstanciado e o indivíduo será submetido à avaliação por profissional médico, responsável por analisar se existe a necessidade de internação na modalidade involuntária.

Enfim, o Decreto informa que a comunicação a respeito da internação involuntária ao Ministério Público e à Defensoria Pública deve ser efetivada pela Secretaria Municipal de Saúde do município de Florianópolis.

Convém observar que esse movimento, já tentado em outras cidades de Santa Catarina, caracteriza-se como uma recapitulação das propostas higienistas de outrora. As correntes higienistas existentes no Brasil, relacionadas com preocupações de saúde pública envolvendo as cidades, foram de três ordens temporais. A primeira, o higienismo sanitarista do final do século XIX, sugeria normas de comportamento e organização das cidades fundamentadas no conhecimento médico e sanitário. Ele buscava um modelo de cidade contraposta à cidade industrial, visando dar ordem ao seu caos<sup>4</sup>. “Os agentes da ordem sanitária não hesitaram em invadir casas, remover moradores (doentes ou não), desinfetar móveis e objetos pessoais, demolir e queimar casebres, isolar quarteirões, prender suspeitos, atacar focos” (Bonduki, 2017, p. 39). No contexto brasileiro, esse período está ligado à necessidade de reformulação da cidade colonial e de suas estruturas deficientes, com a abertura de vias, desenvolvimento de redes de esgoto, mudanças estéticas e modernização seletiva dos espaços urbanos (Farias Filho; Alvim, 2022, p. 4-5).

O segundo período histórico, que se estende de 1930 a 1990, é identificado como um higienismo universalista, uma vez que as campanhas de saúde assumem uma dimensão nacional e permanente. Nessa corrente, as intervenções deixam de se restringir a aspectos estéticos e pontuais e passam a ganhar uma dimensão de planejamento físico-territorial abrangente, envolvendo toda a cidade. Além disso, esse período se destaca pela ampliação do leque de especialistas envolvidos, não se limitando mais apenas a médicos e engenheiros, mas também incorporando competências de outras áreas, garantindo uma visão multidisciplinar.

Nesse contexto, a cidade higiênica é concebida como aquela que apresenta características como quarteirões abertos, vias separadas por edifícios, espaços verdes integrados (cidade-parque) e funcionalidade urbana que contempla moradia, trabalho, lazer e circulação.

---

<sup>4</sup> Com o advento da industrialização, a cidade que antes era voltada aos serviços e negócios financeiros associados à exportação de café — atividade econômica dominante no estado de São Paulo até a década de 1930 — foi transformada em um espaço urbano desordenado. Na virada do século, com a construção intensa de novas fábricas, residências tinham que ser construídas rapidamente para abrigar as ondas de trabalhadores chegando a cada ano (Caldeira, 2000, p. 213).

No cerne desse modelo predomina a ideia de uma “[...] cidade limpa, na qual regras higiênicas agregam-se a medidas relacionadas ao traçado regulador e à harmonia espacial definida pela forma, volume e disposição funcional das unidades perfeitamente eficientes [...]” (Farias Filho; Alvim, 2022, p. 7).

O terceiro período, identificado por Farias Filho e Alvim (2022, p. 9) como higienismo ambiental, abrange os anos de 1990 a 2020. Nesse momento histórico, o tema do ambiente se torna determinante para a sociedade, tendo este higienismo a função de conter as externalidades negativas produzidas pelas cidades na esfera social, econômica e ambiental. Por mais que a ideia seja conformada para alcançar a todos, tendo por obrigação garantir o bem-estar comum, a lógica individualista crescente no período desequilibra a capacidade de atuação coletiva. Nesse caso, a cidade compacta ganha espaço frente à ampliação do tecido urbano. No entanto, como predomina a razão individual, ganham sentido empreendimentos fechados ou com autonomia no seu processo de urbanização. Intensifica-se a busca pela qualidade de vida, que se atrela ao melhor ambiente para se viver (Farias Filho; Alvim, 2022, p. 9-11).

Ao analisar esses elementos, percebe-se que o higienismo social presente em ações e leis de algumas cidades catarinenses compartilha características desses modelos de higienismo mencionados, mas não se restringe a nenhum deles. Ultrapassando limites éticos explícitos, especialmente no que concerne à dignidade humana, torna-se evidente que, apesar da ênfase na estética de uma cidade limpa — exemplificada por seus grandes empreendimentos, mesmo que segmentados —, não se admite a presença de pessoas que não compartilham da estética exigida pelo mercado e pela sociedade, como é o caso das pessoas em situação de rua, uma vez que compromete o padrão pretendido.

Os argumentos apresentados pela legislação de Florianópolis giram em torno de uma pretensa proteção à saúde individual da própria pessoa alcançada pelas medidas coercitivas. A legislação se refere à internação involuntária de pessoas em situação de rua ao mesmo tempo como uma medida humanitária e como uma intervenção em prol da saúde pública, o que se evidencia a partir da escolha da expressão “internação humanizada”. Porém, essa justificativa não se realiza nem tampouco é o seu foco. Isso também fica evidente ao se constatar as crises sanitárias que as cidades de Santa Catarina têm passado nos últimos anos, com a ausência de leitos de UTI a cada inverno, de médicos pediatras para o atendimento infantil, sobretudo na rede pública, os surtos de dengue etc.

Observa-se que essas políticas higienistas buscam transformar uma abordagem meramente estética, que até então afastava determinadas classes de certos espaços da cidade de

forma indireta e mediada pelas relações de mercado (com o respaldo do uso da força pelo Estado), em ações oficialmente legalizadas e socialmente naturalizadas. Conforme Bonduki (2017, p. 28), a segregação social do espaço impacta de maneira diversa cada estrato social, que não sofrem da mesma maneira os efeitos da crise urbana, “garantindo à elite áreas de uso exclusivo, livres da deterioração, além de uma apropriação diferenciada dos investimentos públicos”.

Para Giese, Silva e Menegat (2023, p. 5), esse processo, que também envolve uma arquitetura hostil, está relacionado à privatização dos espaços públicos e é estimulado “[...] pelo discurso propagado pelos veículos midiáticos que, com frequência, associam as pessoas em situação de rua à violência, à criminalidade e ao vandalismo, gerando repúdio a essas pessoas”. Essa situação vem também relacionada ao que se chama de aporofobia, como uma espécie de aversão e ódio aos pobres e miseráveis, que encontra na pessoa em situação de rua o principal símbolo deste ser humano a ser removido da realidade (Giese; Silva; Menegat, 2023, p. 5).

Os novos empreendimentos, que criam espaços murados e fechados, contradizem os elementos básicos da concepção moderna de vida pública. Com a construção de enclaves fortificados, o caráter do espaço público muda, deixando de se relacionar ao ideal moderno de universalidade. Conseqüentemente, a participação dos cidadãos na vida pública também é alterada. A organização espacial da cidade baseada em enclaves fortificados dá origem a um novo tipo de esfera pública que acentua as diferenças de classe e as estratégias de separação, promovendo a separação e a ideia de que os grupos sociais devem viver em espaços homogêneos, isolados daqueles percebidos como diferentes (Caldeira, 2011, p. 211-212).

Em São Paulo, esse debate já ocorre há mais tempo e está diretamente relacionado com as configurações arquitetônicas da cidade e dos espaços urbanos, como, por exemplo, a forma de bancos de praças e acentos de pontos de ônibus, a colocação de pedras embaixo de viadutos, o fechamento de lugares até então abertos, a instalação de hidrantes para molhar calçadas (Giese; Silva; Menegat, 2023, p. 5).

Essa é uma das principais conseqüências de se morar em cidades segregadas e marcadas pelo medo do crime: ao mesmo tempo que o contato entre pessoas de grupos diferentes é reduzido, as desigualdades sociais são mais enfatizadas e a proximidade de estranhos é vista como perigosa. Assim, as distâncias e as desigualdades sociais são produzidas e reforçadas a todo momento (Caldeira, 1997, p. 174). Bauman (2009) denomina esse fenômeno de “mixofobia”, que designa o medo de misturar-se.

Como as pessoas esqueceram ou negligenciaram o aprendizado das capacidades necessárias para conviver com a diferença, não é surpreendente que elas

experimentem uma crescente sensação de horror diante da ideia de se encontrar frente a frente com estrangeiros. Estes tendem a parecer cada vez mais assustadores, porque cada vez mais alheios, estranhos e incompreensíveis. E também há uma tendência para que desapareçam – se é que já existiram – o diálogo e a interação que poderiam assimilar a alteridade deles em nossa vida. É possível que o impulso para um ambiente homogêneo, territorialmente isolado, tenha origem na mixofobia: no entanto, colocar em prática a separação territorial só fará alimentar e proteger a mixofobia (embora seja importante dizer que ela não é o único elemento em jogo no campo de batalha urbano) (Bauman, 2009, p. 22).

Ao se praticar a exclusão sistemática de algumas pessoas de certas áreas e se evitar que diferentes grupos sociais interajam no espaço público, referências a princípios universais de igualdade e liberdade na vida social não são mais possíveis. Entretanto, como consequência, “a arquitetura e o planejamento defensivos podem apenas promover o conflito em vez de preveni-lo, na medida em que tornam claras a extensão das desigualdades sociais e a falta de experiências e valores comuns” (Caldeira, 1997, p. 175).

A novidade que as propostas legislativas implementadas em Santa Catarina trazem é que, além da arquitetura hostil, as cidades também estão buscando a legalização de procedimentos para uso no ambiente urbano, como são os casos dos programas de Balneário Camboriú e da recém aprovada lei de Florianópolis.

#### **4. O ESTADO COMO COLABORADOR DA VALORIZAÇÃO IMOBILIÁRIA**

A estética higienista prima por uma forma de beleza associada a um padrão visual vinculado a um determinado conceito de limpeza. Tal estética é sustentada em uma simbiose entre o luxo de certos empreendimentos, na aparência dos materiais utilizados nas construções, na composição de empreendimentos que formam verdadeiras “ilhas” urbanas e na prestação de serviços com maior valor agregado (“gourmetização”). Todos esses elementos são integrados ao tecido urbano e ao espaço público como extensões dessas estruturas, sobretudo no ajardinamento e plantio de flores em canteiros ao longo de avenidas e nas praças, juntamente à limpeza diária das principais vias.

Esse direcionamento de mais investimentos públicos para as áreas centrais das cidades infelizmente não é algo novo. Kowarick (2009, p. 22) afirma que esse processo integra o que denominou de *espoliação urbana*, um “[...] somatório de extorsões que se opera pela inexistência ou precariedade de serviços de consumo coletivo, que juntamente ao acesso à terra e à moradia, apresentam-se como socialmente necessários para a reprodução dos trabalhadores [...]”. O referido autor afirma que “o papel do estado é fundamental [...] porque o investimento

que injeta no tecido urbano é fator de intensa valorização diferencial da terra, aparecendo como ator importante no processo de especulação imobiliária e segregação social” (Kowarick, 2009, p. 23).

As cidades de Santa Catarina não deixam de validar esse fenômeno, especialmente no atual momento de crescimento das cidades e da valorização imobiliária. Ao redor do estado, surgem exemplos da adoção da limpeza urbana como um dos fatores para a manutenção dos padrões estéticos pleiteados. No litoral norte, o diagnóstico do Sistema de Limpeza Urbana e Manejo de Resíduos Sólidos do município de Itapema (2022), realizado no ato de revisão do Plano Municipal de Saneamento Básico e Gestão Integrada de Resíduos Sólidos, demonstra a existência de locais onde a limpeza urbana ocorre de forma regular. Essa atuação pública ocorre em apenas dois bairros da cidade: Meia Praia e Centro, áreas consolidadas com forte atuação comercial e econômica (Itapema, 2022, p. 138). Isso não significa que não haja limpeza nos demais bairros da cidade. Significa apenas que a limpeza como política pública regular, com escala de serviços divulgada ao público, apenas ocorre nestes dois bairros, como informa estudo do próprio município.

Outro exemplo, proveniente da região metropolitana de Florianópolis, averiguado no município de São José, aponta a concentração da atividade da coleta seletiva em dois bairros da cidade. Estudo contratado pelo próprio poder público (São José, 2013) informa que a coleta seletiva ocorre de forma regular em todo o município. No entanto, diariamente ele ocorre apenas em dois bairros: Campinas e Kobrasol. Os demais bairros até então foram atendidos apenas uma vez por semana.

No extremo oeste do estado, em três microrregiões, um estudo retrata que a proposta de limpeza urbana diária para o município de São João do Oeste (2022, p. 58) deveria ocorrer apenas nas áreas comerciais da cidade, considerando isso como uma meta a ser implantada até 2026, deixando os demais bairros com escalas semanais.

Em outro exemplo, um dos casos mais emblemáticos da seletividade dos gastos públicos pode ser identificado no município de Itajaí. Em edital de licitação, observa-se uma estimativa de contratação de insumos para jardinagem e plantio de flores de quase dois milhões de reais (Itajaí, 2021) que, por maior que possa parecer, não alcança toda a cidade, sendo destinada para as principais vias, praças e áreas centrais. Avaliando a legislação orçamentária aprovada no ano seguinte pelo mesmo município, constata-se que o gasto com o embelezamento de certos lugares da cidade ocupou um valor no orçamento de cerca de 20% do orçamento da

cultura, 40% do orçamento do esporte e lazer e 50% do orçamento do município com habitação de um ano inteiro (Itajaí, 2022).

Em poucos exemplos e conforme a afirmação de Kowarick (2009), torna-se evidente que esse padrão estético-urbanístico não manifesta preocupação nem adequação aos interesses e direitos básicos de todos os cidadãos, mas apenas de uma parte deles. Isso também se confirma diante de crises internas enfrentadas por essas cidades, submetidas a problemas relacionados com ausência de saneamento básico, deficiência no abastecimento de água para toda a população, fragilidade no sistema de coleta de lixo (na regularidade ou mesmo como fonte de corrupção) (Militão, 2024), entre outros.

De fato, as mudanças estético-urbanísticas das cidades catarinenses não vêm sendo capazes de garantir o direito à cidade previsto no art. 2º, I, da Lei n. 10.257/2001. Tal prescrição se propõe a garantir direitos fundamentais, como o direito à terra urbana, à moradia, ao transporte, ao lazer, ao saneamento ambiental, aos serviços públicos e à infraestrutura urbana.

O processo de implantação de serviços e políticas públicas que buscam garantir os referidos direitos e outros a eles relacionados até se ampliou nessas cidades, mas não suficientemente para resolver as carências que se impuseram pelo aumento da demanda.

Outro fator que compromete um elemento fundamental no processo de garantia do direito à cidade é o fato de que esta nova configuração das cidades catarinenses não surge a partir de debates públicos reais ou de mecanismos de gestão democrática, conforme o inciso II do art. 2º da Lei n. 10.257/2001. Ela se inicia e se consolida por força da organização privada e do aproveitamento mercantil do uso do solo urbano, proveniente da especulação imobiliária e do aumento da demanda por novas construções, habitações e serviços. Nesse contexto, a atuação do poder público pouco interfere nessa dinâmica, quase sempre se adequando à vontade privada.

#### **4. A AFRONTA À CONSTITUIÇÃO E O EMBATE JURISDICIONAL COMO FATOR CIVILIZATÓRIO**

Como visto, o higienismo social que emerge nas cidades catarinenses requer a aprovação de legislações locais que autorizam o poder público municipal a internar compulsoriamente pessoas em situação de rua, removê-las para supostos espaços de tratamento para dependentes químicos ou, ainda, enviá-las para suas cidades de origem. Em Florianópolis, a Lei Municipal n. 11.134/2024 estipula que a internação compulsória deve alcançar pessoas

com dependência química crônica, com prejuízo de sua capacidade mental, pessoas com vulnerabilidade que possam causar prejuízos a sua própria integridade ou de terceiros, além de pessoas incapazes de emitir opiniões ou tomar decisões.

De certa forma, evidencia-se a ideia de uma certa “desumanização” das pessoas em face de um estado mental diferente daquele considerado “normal”, o que justificaria, aos olhos do poder público, a remoção compulsória dessas pessoas dos espaços públicos. E como o próprio nome das legislações e projetos de lei vem demarcando, trata-se de uma remoção forçada, involuntária, circunstância considerada inconstitucional em decisão liminarmente concedida pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 976 MC/DF (Brasil, 2023).

Atitudes similares às propostas por Florianópolis já foram objeto de demanda judicial, tendo o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) garantido, em decisão em grau de recurso, a impossibilidade da remoção forçada das pessoas em situação de rua do lugar onde estiverem (Santa Catarina, TJSC, 2023). A referida decisão colabora com a análise e identificação dos reais motivos para a instituição dessas políticas públicas higienistas, motivos estes arguidos, inclusive, na demanda pelo seu proponente, a promotoria da comarca de Balneário Camboriú. Segundo o Tribunal de Justiça, há um evidente desvirtuamento da atuação do poder público:

Tratar todas as pessoas com dignidade é nosso dever. Pobre ou rico, constitucionalmente todos são iguais. Não se pode permitir a institucional estigmatização de minorias, uma criminalização da pobreza. Já não fosse suficiente todo preconceito e situação inimaginavelmente desumana aos quais estão expostos, muitos enclausurados em seus vícios, é indefensável que oficialmente se permita uma higienização social (derivação da aporofobia, que é a aversão a pobres), eclipsando-a na forma de uma política pública dita humanizada, mas que na essência prioriza apenas a aparência (uma ideia de que ninguém os veja, que fiquem escondidos) (Santa Catarina, TJSC, 2023).

De acordo com o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, “não existe cidadão de qualidade inferior e jamais se pode conceber que o Estado trate quem quer que seja como um objeto a ser ocultado, mantido em sigilo, [...]” (Santa Catarina, TJSC, 2023). Nesse momento, a prática higienista se revela e desumaniza a pessoa em situação de rua, transformando-a em mais um objeto que, na concepção preconceituosa de alguns, como afirma a própria decisão, precisa ser removido do local para que o ambiente e a cidade, naquele espaço, tornem-se mais “limpos”.

Na ementa da decisão, o Tribunal de Justiça expõe a forma como acontece o procedimento higienista dessas leis, procurando mascarar sua verdadeira finalidade:

Por meio da instituição de programa denominado ‘Clínica Social’, formalmente voltado ao atendimento de pessoas de rua durante o período noturno, tem-se, em

primeira análise, praticado excessos - que intuem para que a política pública esteja sendo usada, na verdade, com objetivo velado. Atua-se sob a denominação de atendimento, conferindo estrutura médica e de assistência, mas no fundo se quer homizar os pobres para que a outra camada social não os veja. Há relatos nesse sentido não só de moradores de rua, mas também de servidores públicos locais, surgindo versão inclusive de que alguns dos recolhidos são algemados - o que é ainda mais repugnante. É, de fato, prestada ajuda àqueles que querem, mas os que se negam são de todo modo recolhidos (não como pessoas livres, mas mais próximo do que se faz, pedindo perdão pela rudeza, com os animais). (Santa Catarina, TJSC, 2023).

Essa busca pela limpeza urbana está intrinsecamente ligada ao mais valor que a cidade pode produzir, como afirmado por Kowarick (1979; 2009) ao cunhar a expressão espoliação urbana. O medo gera o mercado da segurança e da proteção; o sonho da casa própria e a necessidade de moradia geram o mercado da construção; a limpeza urbana, a natureza, as áreas verdes e as áreas de lazer alimentam o mercado da qualidade de vida, da atividade física, dos interiores etc. Essa visão que reifica as pessoas e toda forma de vida faz com que tudo na cidade se torne mercadoria e tudo que a desqualifica ou que atrapalha a sua circulação e a atividade do mercado precisa ser removido, excluído, aniquilado.

Essas políticas contradizem o art. 182 da Constituição e o Estatuto da Cidade, que exigem ampla participação e gestão democrática no planejamento urbano. Assim, intervenções que priorizam a aparência em detrimento da dignidade e dos direitos dos cidadãos, promovendo um urbanismo autoritário, devem ser declaradas ilegais e inconstitucionais.

## 6. CONCLUSÃO

Esta pesquisa buscou verificar se as políticas públicas urbanas relativas à população em situação de rua, adotadas no estado de Santa Catarina, especialmente a partir da análise da Lei n. 11.134/2024, do município de Florianópolis, refletem práticas higienistas que contribuem para a exclusão e a segregação social. A análise desenvolvida ao longo deste trabalho permite concluir que, de fato, as práticas urbanísticas regulamentadas pelas legislações municipais configuram uma forma contemporânea de higienismo social. Essas medidas não apenas reproduzem mecanismos históricos de exclusão dos sujeitos considerados “indesejáveis”, mas também atualizam tais práticas dentro de uma moldura legal, estética e sanitária que busca legitimar a remoção forçada com base em argumentos de proteção à saúde pública e à segurança urbana.

Historicamente, a modificação da configuração urbana teve como objetivo garantir a higiene nos espaços públicos e privados. A cidade foi concebida como foco de patologias físicas

e morais que precisavam ser estudadas e transformadas. Surgiu, assim, a necessidade de reposicionar o espaço urbano de forma a isolar as zonas de pestilência, o que demandou políticas sanitárias de segregação socioespacial, afastando indivíduos considerados potencialmente perigosos, como enfermos, vadios, criminosos e prostitutas, para as periferias.

O higienismo social que se observa hoje em Santa Catarina insere-se como continuidade das políticas excludentes iniciadas no Brasil oitocentista, fundadas na medicalização da vida urbana, na repressão à ociosidade e na marginalização da pobreza. A diferença é que, atualmente, esse paradigma se apresenta sob o véu da legalidade democrática, institucionalizando práticas que ocultam a verdadeira finalidade de “limpar” os espaços públicos de todos aqueles que destoam do padrão visual imposto pelo capital.

Constatou-se, ainda, que essas legislações estão estruturadas para atender prioritariamente a interesses privados, sobretudo os ligados ao mercado imobiliário. O estudo evidenciou que tais medidas se associam à intensificação da valorização de áreas centrais, à concentração seletiva de investimentos públicos e à conformação de uma estética urbana excludente, reforçada por ações de arquitetura hostil e segregação territorial. A internação compulsória, justificada pela retórica da “internação humanizada”, representa, na prática, uma forma de criminalização da pobreza, além de violar princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana e o direito à cidade.

A análise das transformações urbanísticas nas cidades catarinenses revela um cenário complexo, em que a valorização imobiliária caminha lado a lado com políticas higienistas que, sob o pretexto de cuidado e saúde pública, promovem exclusão e segregação social. A atuação do Estado, nesse contexto, distancia-se das diretrizes previstas no Estatuto da Cidade e na Constituição Federal ao priorizar a aparência e o mercado em detrimento da dignidade humana, da gestão democrática e da inclusão social. Exemplos concretos de desigualdade na alocação de recursos, com investimentos mais robustos em estética urbana nas áreas centrais, aliados ao uso seletivo do aparato coercitivo estatal, corroboram a tese de que essas políticas aprofundam as desigualdades e violam o direito à cidade.

O impacto dessas práticas é profundo, evidenciando a simbiose entre investimentos públicos e a valorização de determinadas áreas urbanas no lugar do direito coletivo à cidade. A priorização de uma cidade visualmente limpa e esteticamente agradável, impulsionada pela especulação imobiliária e pelos interesses privados, contrasta com a precariedade dos serviços públicos essenciais e com a ausência de um planejamento urbano inclusivo e democrático.

Além disso, a judicialização dessas ações expõe um verdadeiro embate civilizatório, no qual decisões judiciais buscam resguardar a dignidade humana e combater a criminalização da pobreza. A desumanização implícita nas políticas de remoção compulsória reflete uma aporofobia institucionalizada que viola frontalmente princípios constitucionais e direitos fundamentais.

Diante desse panorama, é urgente repensar as políticas urbanas com base em um paradigma que valorize a justiça social, a participação popular e a dignidade de todos os cidadãos. Superar o higienismo social como estratégia de governo requer não apenas resistência jurídica, como já demonstrado por decisões do TJSC e do STF, mas também um compromisso ético e político com a construção de cidades inclusivas, solidárias e verdadeiramente democráticas.

Portanto, as transformações urbanas observadas em diversas cidades de Santa Catarina, embora promovam uma fachada de modernidade e qualidade de vida, ocultam uma realidade de exclusão social e negação de direitos básicos. O desafio reside em reorientar essas políticas para que atendam, de fato, às necessidades de todos os cidadãos, respeitando sua dignidade e promovendo um urbanismo inclusivo e participativo.

## REFERÊNCIAS

ALENCASTRO, Luiz Felipe de. **História da vida privada no Brasil: Império, a Corte e a modernidade nacional**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, v. 2.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

BAUDELAIRE, Charles. **O pintor da vida moderna**. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BONDUKI, Nabil. **Origens da habitação social no Brasil: arquitetura moderna; lei do inquilinato e difusão da casa própria**. São Paulo: Estação Liberdade: FAPESP, 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 976, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Brasília, j. 22.8.2023, DJe 21.9.2023.

BUCK-MORSS, Susan. *The flaneur, the sandwichman and the whore: the politics of loitering*. *New German Critique*, n. 39, 1986, p. 99-140. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/488122>. Acesso em: 20 mar 2024.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Enclaves Fortificados: a nova segregação urbana**. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, v. 47, p.155-176, mar. 1997.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo**. 3. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. Qual a novidade dos rolezinhos? espaço público, desigualdade e mudança em São Paulo. **Novos estudos CEBRAP**. n. 98, p. 13-20, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0101-33002014000100002>. Acesso em: 23 fev. 2022.

CHALHOUB, Sidney. **Cidade febril: cortiços e epidemias na Corte imperial**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

CORREA, Gustavo Zatelli. **Judiciário, juristas e o controle social: os processos-crime de vadiagem no Rio de Janeiro da Primeira República (1918-1919)**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

CUNHA, Maria Fernanda Ribeiro. Cidadãos e ociosos: os usos da cidade nas publicações sobre temas de bem viver na seção de “publicações a pedido” da Gazeta de Notícias. In: **Anais XIX Semana de História - UFG**. História em tempos de crise: Anticientificismo, Negacionismos e Revisionismos, Goiânia, 2020, p. 1155-1165.

D'INCAO, Maria Ângela. Mulher e família burguesa. In: PRIORE, Mary Del (Org.). **História das mulheres no Brasil**. 7. ed. São Paulo: Contexto, 2004, p. 187-201.

FARIAS FILHO, José Almir; ALVIM, Angelica Tanus Benatti. Higienismo e forma urbana: uma biopolítica do território em evolução. Urbe. **Revista Brasileira de Gestão Urbana**, v. 14, 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/urbe/a/qhV5y3yN3m5cYXHXdMmmTKw/>. Acesso em: 23 fev. 2024.

FAUSTO, Boris. **Crime e Cotidiano: a criminalidade em São Paulo**. São Paulo: Brasiliense, 1984.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FOUCAULT, Michel. **História da loucura**. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.

GIESE, Júlia Varejão; SILVA, Luciana Bosco e; MENEGAT, Elizete Maria. População em situação de rua e o espaço público: as manifestações contraditórias de aporofobia e gentileza urbana na atualidade. Urbe. **Revista Brasileira de Gestão Urbana**, v. 15, 2023. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/urbe/a/SBMZZC55v5JbfvSNjzfrFDD/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 1 mar. 2024.

GIORGETTI, Camila. **Moradores de rua: uma questão social?** São Paulo: EDUC – Editora PUC-SP, 2014.

IMPÉRIO DO BRASIL. **Código do Processo Criminal de Primeira Instância**. Lei de 29 de novembro de 1832. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm). Acesso em:

23/02/2022.

ITAJAÍ. **Primeiro termo de retificação do pregão eletrônico 234/2021**. Disponível em: <https://intranet2.itajai.sc.gov.br/licitacoes/usuario-externo/download/edital/1643>. Acesso em: 26 fev. 2024.

ITAJAÍ. **Lei 7.369 de 28 de dezembro de 2021** (Lei Orçamentária Anual), 2021. Disponível em <https://leismunicipais.com.br/a/sc/i/itajai/lei-ordinaria/2021/736/7369/lei-ordinaria-n-7369-2021-estima-receita-e-fixa-a-despesa-do-orcamento-do-municipio-de-itajai-para-o-exercicio-financeiro-de-2022>. Acesso em: 26 fev. 2024.

ITAPEMA. **Revisão do Plano Municipal de Saneamento Básico e Gestão Integrada de Resíduos Sólidos**: diagnóstico do Sistema de Limpeza Urbana e Manejo de Resíduos Sólidos - Revisão 03. Instituto de Pesquisas Ambientais e Tecnológicas da Universidade do Extremo Sul Catarinense, 2022. Disponível em: <https://www.itapema.sc.gov.br/wp-content/uploads/2023/03/5-Diagnostico-Limpeza-Urbana-e-Residuos-Solidos.pdf>. Acesso em 26 fev. 2024.

KOWARICK, Lucio. **A Espoliação Urbana**. São Paulo: Paz e Terra, 1979. 202p.

KOWARICK, Lucio. **Escritos Urbanos**. São Paulo: Editora 34, 2 ed., 2009. 144p.

LISBOA, Luana. Contrário ao STF Florianópolis aprova PL para internação forçada de pessoas em situação de rua. **Consultor Jurídico**, 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-fev-15/camara-de-florianopolis-aprova-pl-para-internacao-forcada-de-pessoas-em-situacao-de-rua/>. Acesso em 29 fev. 2024.

MANSANERA, Adriano Rodrigues; SILVA, Lúcia Cecília da. A influência das idéias higienistas no desenvolvimento da psicologia no Brasil. **Psicologia em Estudo**, Maringá, v. 5, n. 1, p. 115-137, jan./dez. 2000.

MILITÃO, Eduardo. Operações anticorrupção prendem 18 prefeitos de SC em pouco mais de um ano. **UOL**. Brasília, 2024. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2024/01/27/operacoes-anticorrupcao-prendem-18-prefeitos-de-sc-em-pouco-mais-de-1-ano.htm>. Acesso em: 29 fev. 2024.

NEPOMUCENO, Bebel. Protagonismo ignorado. In: PINSKY, Carla Bassanezi; PEDRO, Joana Maria (Orgs.). Nova história das mulheres no Brasil. São Paulo: Contexto, 2012, p. 382-409.

NSC Comunicação. **Mercado imobiliário de SC valoriza acima da média em 2023**. Negócios SC. Florianópolis, 2023. Disponível em: <https://www.negociossc.com.br/noticia/mercado-imobiliario-de-sc-valoriza-acima-da-media-em-2023/>. Acesso em: 29 fev. 2024.

PARANÁ, Defensoria Pública do Estado do Paraná. **Glossário da Defensoria**. Moradores de rua x pessoas em situação de rua, 2024. Disponível em: <https://www.defensoriapublica.pr.def.br/Pagina/Glossario-da-Defensoria#:~:text=Moradores%20de%20rua%20x%20Pessoas,remete%20a%20uma%20caracter%20definitiva>. Acesso em 29 fev. 2024.

ROLNIK, Raquel. **O que é cidade**. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.

SÃO JOSÉ. **Plano Municipal Integrado de Gerenciamento dos Resíduos da Construção Civil e Coleta Seletiva**: relatório final consolidado. Prefeitura Municipal de São José: Projetos sustentáveis – Eficiência Soluções Ambientais, 2013. Disponível em: [https://www.saojose.sc.gov.br/images/uploads/geral/Plano\\_Municipal\\_Integrado\\_de\\_Gerenciamento\\_dos\\_Res%C3%ADduos\\_S%C3%B3lidos\\_da\\_Constru%C3%A7%C3%A3o\\_Civil\\_e\\_Coleta\\_Seletiva.pdf](https://www.saojose.sc.gov.br/images/uploads/geral/Plano_Municipal_Integrado_de_Gerenciamento_dos_Res%C3%ADduos_S%C3%B3lidos_da_Constru%C3%A7%C3%A3o_Civil_e_Coleta_Seletiva.pdf). Acesso em: 26 fev. 2024.

SÃO JOÃO DO OESTE, **Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos**: produto 3 - prognóstico. Consórcio Intermunicipal de Desenvolvimento Regional (CONDER-SC), 2022. Disponível em: <https://www.saojoao.sc.gov.br/uploads/2022/06/Lei-1946.2022-ANEXO-I-PMGIRS.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2024.

SANTA CATARINA, SECOM. Santa Catarina apresenta o 2º maior crescimento em número absoluto da população no censo 2022. **Agência de notícias da Secretaria de Estado da Comunicação**. Florianópolis, 2023. Disponível em: <https://estado.sc.gov.br/noticias/santa-catarina-apresenta-segundo-maior-crescimento-em-numero-absoluto-de-populacao-no-censo-2022/#:~:text=Com%201%2C36%20milh%C3%A3o%20de,que%20subiu%2041%2C%25>. Acesso em: 29 fev. 2024.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça de. Agravo de Instrumento n. 5033107-04.2023.8.24.0000. Relator: Desembargador Hélio do Valle Pereira, Quinta Câmara de Direito Público, j. 05-10-2023.

SANTOS, Milton. **Pobreza urbana**. 3. ed.. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: 2023.

SANTOS, Rafa. TJ-SC veta condução coercitiva de moradores de rua em Balneário Camboriú. **Consultor Jurídico**, 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-out-21/tribunal-veta-conducao-coercitiva-moradores-rua-sc/>. Acesso em: 29 fev. 2024.

STEFANIAK, João Luiz; STEFANIAK, Jeaneth Nunes. A cidade ilegal e o Estatuto da Cidade: Análise da efetividade dos instrumentos de regularização fundiária. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 14, n. 28, jul./dez. 2011, p. 3-30. Disponível em: <https://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2011v14n28p3/pdf>. Acesso em: 24 jan. 2025.

## IDEIAS DE CONTENÇÃO DE ATAQUES À DEMOCRACIA: DE KARL LOEWENSTEIN A GIOVANNI CAPOCCIA<sup>1</sup>

*IDEAS FOR CONTAINING ATTACKS ON DEMOCRACY: FROM KARL LOEWENSTEIN TO GIOVANNI CAPOCCIA*

Luana Caroline da Silva Chaves<sup>2</sup>  
*Universidade do Vale do Itajaí (Univali)*

Airto Chaves Junior<sup>3</sup>  
*Universidade do Vale do Itajaí (Univali)*

### **Resumo:**

Este estudo pretende verificar se os Estados Democráticos (na perspectiva da Democracia Constitucional) são capazes de conter avanços autoritários que agem sob pretexto do uso das liberdades públicas. Para tanto, percorrem-se as contribuições ofertadas por Karl Loewenstein (com sua Democracia Militante) e Giovanni Capoccia (idealizador da chamada Democracia Defensiva). O estudo contribui para o debate acadêmico, tendo em vista os recentes acontecimentos nos planos político-jurídico nacional e internacional que denotam rompimento do paradigma democrático em nome de uma pretensa Democracia. Ao final, conclui-se que a Democracia Defensiva é uma possibilidade para se fortalecer o sistema democrático, pois permite a implementação de mecanismos que mitigam ameaças antidemocráticas e que colocam em risco direitos inerentes ao seu conteúdo material. A pesquisa está inserida na linha de pesquisa “Constitucionalismo Democrático” dentro da área de concentração “Democracia, Constituição e Internacionalização”. Quanto aos métodos de pesquisa, apresentam-se dois: a pesquisa exploratória e a pesquisa explicativa, a qual é realizada pela coleta de dados/eventos/acontecimentos em utilização da técnica da documentação indireta pela via da pesquisa bibliográfica e documental. Como método de abordagem, foi utilizado o hipotético-dedutivo.

### **Palavras-chave:**

Democracia. Democracia Militante. Democracia Defensiva. Constituição. Autoritarismo.

### **Abstract:**

This study aims to verify whether democratic states (from the perspective of constitutional democracy) are capable of containing authoritarian advances that act under the pretext of using public freedoms. To this end, the contributions offered by Karl Loewenstein (with his Militant Democracy) and Giovanni Capoccia (creator of the so-called Defensive Democracy) are examined. The study contributes to the academic debate, in view of recent events at national and international political and legal levels that denote a break with the democratic paradigm in the name of a so-called democracy. In the end, it emerges that Defensive Democracy is a possibility for strengthening the democratic system, as it allows for the implementation of mechanisms that mitigate anti-democratic threats and jeopardise the rights inherent in its material content. The research is part of the "Democratic Constitutionalism" research line within the concentration area "Democracy, Constitution and Internationalization". As for research methods, two are presented: exploratory research and explanatory research, which is carried out by collecting data/events/occurrences using the indirect documentation technique through bibliographic and documentary research. As an approach method, the hypothetical-deductive method is used.

### **Keywords:**

Democracy. Militant Democracy. Defensive Democracy. Constitution. Authoritarianism.

---

<sup>1</sup> O presente estudo está devidamente vinculado à Linha de Pesquisa “Constitucionalismo e Produção do Direito”, no âmbito do Projeto de Pesquisa “Fundamentos Teóricos Contemporâneos dos Princípios e Garantias Constitucionais”, do Programa *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, tendo como área de concentração os “Fundamentos do Direito Positivo”.

<sup>2</sup> Mestranda em Ciência Jurídica (PPCJ - Univali). Bolsista CAPES. Graduada em Direito pela Univali. Advogada. E-mail: lucarolinedasilva@hotmail.com. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/4438356524630962>. Orcid: <https://orcid.org/0009-0008-2537-0397>.

<sup>3</sup> Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Univali. Doutor em Direito pela Universidade de Alicante, Espanha. Professor titular de Direito Penal do Curso de Graduação e do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica (Mestrado e Doutorado) da Univali. Advogado. E-mail: oduno@hotmail.com. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/7312645313945191>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3016-5618>.

## 1. INTRODUÇÃO

As experiências antidemocráticas vivenciadas no decorrer do século XX (considerando o principal acontecimento político do século XX: o choque entre o espírito democrático e o espírito totalitário, conflito este responsável pela Segunda Guerra Mundial), além daquelas que ocorreram mais recentemente nos Estados Unidos com a eleição de Trump e no Brasil durante o governo Bolsonaro, parece demonstrar que nem mesmo constituições bem-projetadas são capazes, por si mesmas, de garantir a Democracia.

Diante disso, é fundamental ter por base a ideia de um Estado Democrático onde não se permita que o exercício da liberdade possa se tornar um risco justamente para essa liberdade, sendo importante refletir sobre os diversos mecanismos que podem receber o nome de Democracia Defensiva.

A presente pesquisa tem por objetivo verificar se os Estados Democráticos (sob o prisma da Democracia Constitucional) são capazes de conter avanços autoritários que agem sob pretexto do uso das liberdades públicas. Ou seja, avaliar a incidência de uma Democracia Defensiva que estabeleça mecanismos de defesa da Democracia Liberal dentro da organização político-constitucional dos Estados Democráticos e que sejam capazes de evitar que a liberdade garantida constitucionalmente seja abusada e deturpada em nome dessa mesma liberdade (paradoxo da liberdade).

Para tanto, parte-se das ideias de Democracia Militante ofertadas por Karl Loewenstein até se chegar em Giovanni Capoccia (com a idealização da chamada Democracia Defensiva).

O problema de pesquisa que se apresenta é o seguinte: a implementação de mecanismos defensivos dentro da organização político-constitucional poderia evitar que as liberdades e direitos garantidos constitucionalmente fossem usadas para ameaçar/liquidar a própria existência do Estado Democrático de Direito?

Para responder esse questionamento, inicia-se a pesquisa com o estudo da relação entre Democracia e liberdade e a forma como essa liberdade pode representar um perigo para a própria Democracia.

Na sequência, busca-se compreender os aspectos da história constitucional que contribuíram para o desenvolvimento da teoria da Democracia Militante de Karl Loewenstein, a qual se originou a Democracia Defensiva. Estudar-se-á de que forma as experiências antidemocráticas do século XX, em especial a facilidade com que o Partido Nazista Alemão chegou ao poder através de meios legais, impulsionaram Karl Loewenstein a elaborar o conceito

de Democracia Militante. Além disso, busca-se entender a transição dessa teoria para a teoria da Democracia Defensiva.

Depois disso, pretende-se compreender o conceito de Democracia Defensiva, para, então, verificar a possibilidade de implementação da Democracia Defensiva nos Estados Democráticos de Direito. Para isso, faz-se necessário a compreensão do instituto e a sistematização de seus possíveis mecanismos, com a finalidade de avaliar a justificativa de enlutar os indivíduos das suas liberdades democráticas, com o fim de proteger a Democracia.

Quanto aos métodos de pesquisa, apresentam-se dois: a pesquisa exploratória e a pesquisa explicativa, a qual é realizada pela coletados dados/eventos/acontecimentos em utilização da técnica da documentação indireta por meio da pesquisa bibliográfica e documental. Como método de abordagem, utiliza-se o hipotético-dedutivo.

## **2. A RECESSÃO DEMOCRÁTICA DO OCIDENTE**

Nos ambientes democráticos, é natural que as pessoas se fiem nas instituições que, com respaldo nas leis e na Constituição, frustrem investidas que coloquem em perigo a própria Democracia.

Nas últimas décadas, porém, há uma ascendente de ameaças às instituições democráticas em todo o ocidente. Exemplos não faltam: a tentativa de golpe orquestrada por Trump (KÜFNER, 2022) nos Estados Unidos em 06 de janeiro de 2021; dos movimentos separatistas da Catalunha (e o acordo do primeiro-ministro espanhol Pedro Sánchez com o partido Junts per Catalunya) na Espanha (RFI, 2023); da Reforma Judicial em Israel (G1, 2024); e do partido AfD na Alemanha (FÜRSTENAU, 2024) que, apesar de ser considerada uma ameaça potencial à ordem constitucional do país, tem aparecido em segundo lugar nas pesquisas nacionais. E todas essas investidas apresentam uma característica comum: o uso dos meios democráticos para fulminar a própria Democracia.

Há aproximadamente quinze anos, Eduardo Galeano registrou que, tal como as pessoas, a natureza pode ser assassinada. No ano de 2018 os cientistas políticos Steven Levitsky e Daniel Ziblatt (2018) fizeram a mesma pergunta, mas tendo a Democracia como objeto de ataque no best-seller “Como as Democracias Morrem”.

Essas indagações ganham maior relevância quando recentes estudos (SLIPOWITZ, LOLDJ, 2024) traçam um diagnóstico de “recessão democrática” que vem avançando já tem mais de quinze anos, tal como registra Yascha Mounk (2019), em “O povo contra a

Democracia: porque a nossa liberdade corre perigo e como salvá-la”. Para salvá-la, certamente faz-se necessário o uso de instrumentos de defesa. É isso, pois, que se propõe o presente estudo.

### 3. LIBERDADE EM DEMOCRACIA

Numa análise etimológica<sup>4</sup>, o lexicólogo Paul Roberto explica que Democracia é expressão originada do grego, composta de *demos*, que significa povo, e *kratos*, que significa poder, força. Sob uma perspectiva analítica (uso descritivo), Democracia pode ser compreendida como o poder de eleger, através do voto, quem irá representar o povo (e, nesse sentido, voto significa um ato, puramente, com a finalidade de eleger quem irá decidir).<sup>5</sup> Mas, a partir disso, deve-se considerar que a Democracia surge como resultado natural da alteração das condições históricas e possui uma pluralidade de significados, vez que ela não é um modelo fechado, e sim um processo sujeito a uma contínua invenção e reinvenção. Assim, ela se revela, essencialmente, como uma modalidade de sistema político sustentada em metas e imperativos de caráter axiológico, de modo que deve a sua existência à sustentação e manutenção dos seus próprios ideais. (AIETA, 2006, p. 192)

Hoje, porém, a Democracia não podem ser objeto de análise apenas sob o prisma plebiscitário. É que desde o período pós 2ª Grande Guerra, com o advento do constitucionalismo, empreendeu-se uma nova cultura jurídica (PRIETO SANCHÍS, 2007, p. 213) expressada a partir da proclamação de Tratados e Convenções Internacionais que versam a respeito de Direitos Humanos.<sup>6</sup> E, nesta perspectiva, as Constituições nascidas a partir desse novo modelo contêm amplos catálogos de direitos fundamentais.<sup>7</sup> Neste caso, por se tratar de cláusulas pétreas, essa relação de direitos trazidos no bojo das Constituições não podem ser objeto de supressão ou mesmo de redução, em hipótese alguma. É que a legislação é função sobre matéria *que se vota*, enquanto a justiça constitucional é função sobre matéria *que não se vota*, porque é *res publica*. Assim, os direitos fundamentais não podem ser submetidos ao voto,

---

<sup>4</sup> Nesse sentido, Tzvetan Todorov traz a seguinte definição etimológica de Democracia: “[...] regime no qual o poder pertence ao povo. Em outras palavras, a população inteira escolhe seus representantes, os quais, de maneira soberana, estabelecem as leis e governam o país durante um período de tempo decidido de antemão”. In: TODOROV, 2012, p. 15-16.

<sup>5</sup> A perspectiva analítica aqui descrita emprega a tipificação de democracia representativa (ou de democracia dos modernos, para Norberto Bobbio). In: AIETA, 2006, p. 191.

<sup>6</sup> Pode-se anotar como exemplos a Carta das Nações Unidas de 1945, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a Constituição Italiana de 1948, a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1948. In: FERRAJOLI, 2008, p. 28.

<sup>7</sup> Exemplos dessas Constituições são trazidos por Miguel Carbonell: a Constituição Portuguesa de 1976, a Constituição Espanhola de 1978, a Constituição Brasileira de 1988, a Colombiana, de 1991, a Constituição da Venezuela de 1999 e a Constituição Equatoriana de 2008. In: CARBONELL, 2010, p. 154.

pois não dependem do êxito dessa votação (ZAGREBELSKY, 2007, p. 101). Em síntese, os direitos fundamentais se encontram dentro daquilo que se pode chamar de “esfera do indecidível”. Conforme Ferrajoli (2014, p. 9), “é o que nenhuma maioria pode validamente decidir, ou seja, a violação ou a restrição dos direitos de liberdade (...)”. Por isso, diz-se de um ambiente democrático aquele que respeita a vontade da maioria (plebiscito), mas desde que essa vontade guarde respeito aos direitos fundamentais das minorias<sup>8</sup>.

Dessa forma, a questão da ordenação política dos estados passa a ser problema de engenharia constitucional para, então, gerar o equilíbrio político-institucional que propicie uma Democracia Constitucional. Ou seja, uma ordenação constitucional capaz de escolher a organização das instituições que melhor apresente um equilíbrio de poder político e social, além de garantir direitos fundamentais que impeçam desvios nesse equilíbrio por parte de grupos que estejam no poder. Com isso, a possibilidade de participação de todos na formação da vontade decisória que, com a inclusão das minorias, deixa de ser mera expressão de vontades majoritárias, é a estratégia de definição da estrutura política essencial para realizar a Democracia. Como objetivos desse modelo, tem-se: a realização de direitos essenciais (liberdades civis e participação política fundamental), afastamento da tirania, liberdade geral (de escolha individual e de expressão), desenvolvimento humano, igualdade política, entre outros. (SIMON, 2023, p. 151)

Diante desse paradigma democrático, há vários instrumentos jurídicos de exercício dessas liberdades. No campo jurídico internacional, a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) traz por 37 vezes a verbete “liberdade” (ou liberdades) em seu texto, ora tratando da liberdade pessoal (art. 7<sup>o</sup>), ora da liberdade de consciência e de religião (art. 12<sup>10</sup>),

---

<sup>8</sup> Conforme Canotilho, o Estado concebe-se hoje como Estado constitucional democrático porque ele é conformato por uma lei fundamental escrita (= constituição juridicamente constitutiva das "estruturas básicas da justiça") e pressupõe um modelo de legitimação tendencialmente reconduzível à legitimação democrática. *In*: CANOTILHO, 1993, p. 43.

<sup>9</sup> “Artigo 7. Direito à liberdade pessoal: 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais; 2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas; [...]” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

<sup>10</sup> “Artigo 12. Liberdade de consciência e de religião: 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado; 2. Ninguém pode ser objeto de medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças; 3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita unicamente às limitações prescritas pela lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos ou liberdades das demais pessoas; [...]” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

ora da liberdade de pensamento e de expressão (art. 13<sup>11</sup>), bem como de outras espécies de liberdade (de associar-se, por exemplo, no art. 16<sup>12</sup>).

No espaço Europeu, por 59 vezes a expressão “liberdade” aparece na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais).

No âmbito do direito interno, a Constituição Brasileira apresenta por 17 vezes a categoria. A partir da leitura do art. 5º, caput, da CRFB/88, pode-se verificar que o direito à liberdade assume papel de extrema relevância no rol dos direitos fundamentais, principalmente porque se outorga à liberdade e aos demais direitos ali consignados a garantia de sua inviolabilidade (CHAVES JUNIOR; AGUIAR DE PÁDUA, 2020, p. 684).

As passagens mais importantes talvez sejam aquelas previstas no preâmbulo<sup>13</sup> e nos dispositivos que tratam dos Direitos e Garantias Fundamentais (art. 5º, desde o *caput*<sup>14</sup>), com destaque ao inciso IX, que trata da liberdade de expressão. Em suma, estão expressamente previstos, dentre outros, os seguintes direitos de liberdade: a) liberdade de locomoção (art. 5º, XV); b) liberdade de pensamento (art. 5º, IV); c) liberdade de consciência, crença e culto (art. 5º, VI); d) liberdade de imprensa (art. 5º, IX); e) liberdade de associação (XVII).

A partir desses instrumentos que repousam no seio das Democracias, em tese, todos os cidadãos são iguais em direitos e todos os habitantes são iguais em dignidade. E é por isso que nas Democracias modernas se acrescenta ao princípio fundamental da igualdade, a liberdade dos indivíduos (TODOROV, 2012, p. 15-16). E é nesse sentido que Hans Kelsen (2000, p. 27-29) sintetiza que esses dois princípios (igualdade e liberdade) são características da Democracia.

---

<sup>11</sup> “Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão: 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. [...]” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

<sup>12</sup> “Artigo 16. Liberdade de associação: 1. Todas as pessoas têm o direito de associar-se livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer outra natureza. [...]” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

<sup>13</sup> “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” (BRASIL, 1988, preâmbulo).

<sup>14</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; [...]. (BRASIL, 1988, art. 5º, *caput* e inciso IX).

A questão é, pois, de central importância. Tanto que alguns prestigiados teóricos constitucionalistas falam em “regra constitucional ôntica da liberdade”, de maneira que a “regra constitucional ôntica é a estrutura de um ser constitucional”. Para José Afonso da Silva, por exemplo:

(...) ôntico é adjetivo de origem grega que se refere à estrutura do ser. Convenção ôntica é aquela que dá origem a um ser. Agora se entende, as regras que dão a organização do jogo, as regras que dão estrutura à convenção para que o jogo exista, são regras ônticas, porque definem a própria existência do ser, como as que definem a estrutura, a forma do tabuleiro de xadrez ou a estrutura, a forma do campo de futebol, são regras que exprimem uma necessidade, no sentido de que são necessárias para que o jogo exista, porque criam o espaço em que o jogo deve realizar-se; por isso, como foi dito, são regras ônticas, regras que se expressam mediante o verbo ser. (SILVA, 2014, p. 363)

Conforme o autor (SILVA, 2014, p. 466-483), a liberdade pode ser dividida em duas espécies no plano jurídico-constitucional: a) a liberdade interna, assim entendida como a liberdade subjetiva, psicológica ou moral; ou, ainda, liberdade “do querer” ou liberdade metafísica); e, b) liberdade externa, compreendendo-se aquela de natureza objetiva, também dividida em liberdade física, liberdade pessoal, liberdade civil, liberdade política e liberdade da precisão. E para efeitos de reflexão do tema, são de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata “porque o legislador deu normatividade suficiente aos interesses vinculados à matéria de que cogitam”. Não dependem, assim, de legislação ou mesmo de providências do Poder Público para serem aplicadas.

Ou seja, trata-se de Direitos Inatos do homem; direitos inerentes à condição humana e essenciais para a realização da personalidade (SILVA, 2002, p. 27 e ss.), de modo que o seu âmbito de aplicação parece ser quase ilimitado (ALEXY, 2015, p. 218), o que se revela paradoxal. É que a liberdade, no sentido de ausência de qualquer controle jurídico restritivo pode acarretar a maior restrição de todas: o fim da própria liberdade (pois poderia permitir que alguns, em nome da pretensa liberdade, escravizassem – tolhesse a liberdade em grau máximo – outras pessoas). Ou seja, sem qualquer limite aos usos da liberdade, corre-se o risco do desaparecimento da liberdade. E isso, a história mostra.

A trágica experiência alemã, com a usurpação do poder por Adolf Hitler em 1933, é um emblemático exemplo –, de forma que se fez necessário refletir acerca da presença de mecanismos de defesa da Democracia dentro da organização político-constitucional dos Estados Democráticos, sendo estes capazes de evitar que a liberdade garantida constitucionalmente seja abusada e deturpada pelos inimigos dessa liberdade garantida constitucionalmente. Bobbio (1997, p. 7), aqui, parece ter razão quando diz que as vítimas de um poder opressivo pedem, antes de mais nada, liberdade. Diante de um poder arbitrário, pedem

justiça. Diante de um poder despótico, que seja ao mesmo tempo opressivo e arbitrário, a exigência de liberdade não pode se separar da exigência de justiça.

#### **4. LIBERDADE E (ANTI)DEMOCRACIA: A EXPERIÊNCIA NAZISTA**

Hitler não tentou ocultar a existência dos campos de concentração, e os nazistas não alcançaram o apoio popular por meio da coerção. Pelo contrário: conseguiram tudo isso através do consenso e sob o manto da legalidade, distorcendo ideais germânicos, construindo imagens populares positivas por meio da mídia e explorando temores milenares. (GELLATELY, 2022)

A instauração da ditadura de Hitler teve início pouco após ele assumir o cargo de chanceler no final de janeiro de 1933. Em poucos dias após sua nomeação, ele já estava discutindo com líderes militares a maneira como planejava eliminar o sistema democrático e estabelecer um governo altamente autoritário. No final de fevereiro, ele orquestrou um ataque incendiário ao Reichstag para obter um conjunto de medidas de emergência, alegando a necessidade de conter um suposto golpe comunista.<sup>15</sup> Em menos de um mês, ele conseguiu assegurar a maioria de dois terços no Reichstag, o que lhe permitiu realizar mudanças constitucionais e promulgar a Lei de Habilitação<sup>16</sup>, na prática, concedendo-lhe poderes ditatoriais para legislar. Apesar de Hitler e os nazistas não terem obtido a maioria dos votos em eleições democráticas, em questão de meses após ele se tornar chanceler, a maioria dos cidadãos alemães passou a aceitá-lo e, em seguida, a apoiá-lo de maneira firme. (GELLATELY, 2022, p. 21)

E tudo isso se tornou possível devido ao fato de que a sociedade aberta e as liberdades democráticas eram novidade para a Alemanha naquela época. Muitas pessoas ansiavam, com um sentimento nostálgico, por uma sociedade mais disciplinada, que associavam à era anterior a 1914. Não apenas aqueles pertencentes a grupos conservadores, religiosos ou nazistas, mas também muitos outros alemães compartilhavam a crença de que a República de Weimar, com sua abordagem liberal, estava em declínio e que o país estava se encaminhando para a ruína. (GELLATELY, 2022, p. 21)

---

<sup>15</sup> Após Hitler ter culpado todos os comunistas pela tentativa de incêndio ao Reichstag (ato este que foi praticado por um holandês sem qualquer vínculo com os comunistas), o presidente foi convencido por ele a declarar estado de emergência por meio do Decreto do Incêndio do Reichstag. Com este decreto, houve a suspensão, “até nova ordem”, das garantias constitucionais de liberdades pessoais e a imposição de restrições à liberdade de expressão, reunião e associação. *In*: GELLATELY, 2022, p. 46-47.

<sup>16</sup> O Ato Habilitante foi a lei que concedeu poderes ditatoriais à Hitler. No dia 23 de março de 1933, o próprio Hitler compareceu à sessão parlamentar e, antes da votação da referida lei, emitiu uma declaração do governo sinalizando que sua agenda social ia além do combate ao desemprego, supressão do comunismo e restauração da posição da Alemanha na Europa. *In*: GELLATELY, 2022, p. 39.

Com a incidência da Grande Depressão, que perdurava desde 1929, a liderança de Adolf Hitler foi vista como o melhor modo de lidar com crise social, econômica e política que se intensificava, razão pela qual sua nomeação como chanceler ocorreu em janeiro de 1933. Além disso, a combinação do Decreto do Incêndio do Reichstag e do Ato Habilitante deram à revolução nazista uma fachada de legalidade, o que também facilitou a aceitação da ditadura pela população.

Essa experiência alemã pode ser vista como um exemplo em que as salvaguardas constitucionais não são em si mesmas suficientes para garantir a Democracia. Até mesmo a Constituição de Weimar de 1919, que foi projetada por uma das inteligências legais mais destacadas da Alemanha, falhou nessa tarefa. Seu duradouro e conceituado *Rechtsstaat* (estado de direito) foi visto por muitos suficiente para impedir abusos governamentais. No entanto, com a usurpação de poder por Adolf Hitler em 1933, tanto a Constituição quanto o *Rechtsstaat* entraram rapidamente em colapso. (LEVITSKY, ZIBLATT, 2018, p. 99-100)

Isso demonstrou uma falha no sistema constitucional de freios e contrapesos, vez que este foi projetado justamente para não permitir que líderes pudessem concentrar e abusar do poder (LEVITSKY, ZIBLATT, 2018, p. 113). O constitucionalismo garantista propôs uma concepção complexa e multidimensional da Democracia, em que a imposição e o reconhecimento de limites e vínculos aos poderes da maioria e do mercado, através de normas constitucionais rígidas e superiores, seriam capazes de fundamentar a dimensão substancial das atuais Democracias constitucionais e, também, de colocar a salvo de si mesma (FERRAJOLI, 2014).

Porém, tem-se exemplos de experiências antidemocráticas vivenciadas, sobretudo, no decorrer do século XX – tendo em vista que o principal acontecimento político do século XX foi a Segunda Guerra Mundial – em que a vigência de uma Constituição não foi suficiente para frear investidas autoritárias. No que diz respeito aos acontecimentos políticos do século XXI, é possível perceber uma questão democrática ainda mais complexa, pois as Democracias passam a ter uma queda substantiva de seus atributos, sem que a transição para o autoritarismo ocorra como verdadeira e explícita ruptura institucional. (COPELLI, MORAIS, TASSINARI, 2023, p. 8)

Em relação às Democracias ocidentais atuais, percebe-se um “modelo híbrido” de Democracia, ou seja, regimes democráticos que se preservam formalmente, mas que conjugam, de um modo nem sempre explícito, práticas democráticas com estratégias governamentais de autocratização. São comportamentos que minam a Democracia no interior de suas próprias instituições, praticados por atores que, apesar de possuírem legitimidade para ocupar espaços

institucionais de decisão política, utilizam suas prerrogativas constitucionais para instrumentalizar o Direito em desfavor de caracteres fundamentais da Democracia (tal como o pluralismo político, o direito das minorias, à autonomia e à independência dos poderes constituídos, etc.). (COPELLI, MORAIS, TASSINARI, 2023, p. 8)

Dito isso, parece ser possível concluir que nem mesmo constituições bem-projetadas são capazes, por si mesmas, de garantir a Democracia. (TODOROV, 2012, p. 12)

Com isso, no que tange à incapacidade das constituições de proteger a Democracia, Levitsky e Ziblatt (LEVITSKY, ZIBLATT, 2018, p. 100-101) explicam que isso acontece, primeiro, porque constituições são sempre incompletas. Elas possuem inúmeras lacunas e ambiguidades, assim como qualquer conjunto de regras. Por mais detalhado que seja um manual de operação, nenhum é capaz de antecipar todas as contingências possíveis ou prescrever como se comportar sob todas as circunstâncias. Segundo, porque regras constitucionais também estão sempre sujeitas a interpretações conflitantes. Uma vez que os poderes constitucionais estão abertos a diversas leituras, eles podem ser usados de maneiras que seus criadores não anteciparam. Por fim, as palavras escritas de uma Constituição podem ser seguidas a partir de uma interpretação literal, de uma forma que venha a enfraquecer o espírito da lei.<sup>17</sup> Em razão das lacunas e ambiguidades inerentes a todos os sistemas legais, não podemos confiar tão somente em constituições para salvaguardar a Democracia contra autoritários potenciais.

Em face dessas limitações, a Alemanha, após a usurpação do poder por Adolf Hitler em 1933, transformou a Democracia Liberal em Democracia Militante. Foi a partir desse modelo que se inauguraram as reflexões sobre a necessidade de salvaguardar a Democracia contra seus inimigos internos.

## **5. A DEMOCRACIA MILITANTE DE KARL LOEWENSTEIN**

O século XX foi marcado por trágicas experiências que envolveram o colapso de várias Democracias na Europa. Dentre elas, as guerras nas mãos de políticos nazistas e fascistas, grupos que exploraram instituições e liberdades democráticas, além dos desafios para enfrentar eventuais novas ameaças provenientes de partidos e grupos políticos após o fim da Segunda

---

<sup>17</sup> Como exemplo, “uma das formas mais disruptivas de protesto trabalhista é a “operação-padrão”, em que os trabalhadores fazem rigorosamente o que é exigido em seus contratos ou descrições de cargo, mas nada mais além disso. Em outras palavras, eles seguem as regras escritas ao pé da letra. Quase invariavelmente, o local de trabalho para de funcionar.” *In*: LEVITSKY, ZIBLATT, 2018, p. 100-101.

Guerra Mundial. Este cenário fez com que muitos estudiosos ao redor do mundo voltassem seus estudos para as possíveis formas de defesa da Democracia contra àqueles que procuram destruí-la por dentro. (SERIK, 2014, p. 22)

E foi nessa fase de grave ameaça ao Estado Democrático em razão das forças fascistas, que o constitucionalista alemão Karl Loewenstein, movido pelo inconformismo com a facilidade com que o Partido Nazista Alemão chegou ao poder através de meios legais, publicou, em 1937, o artigo científico intitulado “Militant Democracy and Fundamental Rights” (LOEWENSTEIN, 1937a, 1937b), em tradução livre: “Democracia de militância e direitos fundamentais”. Nesse texto, ele elaborou sistematicamente o conceito de Democracia Militante e determinou o conjunto de medidas legais a ela relacionada. A partir disso, sua principal crítica foi à incapacidade da República de Weimar de se defender contra a ascensão do Partido Nazista. Para o autor, a maior falha da Democracia, nesse caso, foi a “igualdade formal” da representação política proporcional (MADDOX, 2021, p. 45-46).

Conforme Loewenstein, foi o princípio da legalidade constitucional<sup>18</sup> em que a Constituição de Weimar foi projetada que abriu caminho do poder para Adolf Hitler. (SERIK, 2014, p. 37) Para ele, a noção de legalidade como princípio fundamental das Democracias é o que as enfraquece, pois consequentemente faz com que elas sejam legalmente obrigadas a permitir o surgimento e ascensão de partidos antidemocráticos, pois, caso contrário, não estaria diante de uma Democracia em conformidade com os princípios da legalidade e o livre jogo da opinião pública. Nas palavras do autor, se trata de um formalismo exagerado, de forma que “o Estado de Direito, sob o encanto da igualdade formal, não considera adequado excluir do jogo partidos que negam a própria existência de suas regras” (LOEWENSTEIN, 1937a, p. 424). Com isso, ele destaca que

A democracia foi incapaz de proibir aos inimigos da sua própria existência o uso de instrumentos democráticos. [...], o fundamentalismo democrático e a cegueira legalista não estavam dispostos a perceber que o mecanismo da democracia é o cavalo de Tróia através do qual o inimigo entra na cidade. Ao fascismo, disfarçado de partido político legalmente reconhecido, foram concedidas todas as oportunidades das instituições democráticas. (LOEWENSTEIN, 1937a, p. 424)

Com a ideia clara de que a Democracia teria de ser redefinida, Loewenstein (1937b, p. 657-658) acreditava que, para solucionar o problema, deveria haver, no mínimo, uma movimentação dos governos responsáveis pelos processos constitucionais afim de enfrentar e

---

<sup>18</sup> O princípio da legalidade constitucional implicava que todas as forças políticas, independentemente da sua ideologia, tivessem oportunidades iguais de participar no processo político, de forma que somente os eleitores deveriam decidir através de eleições por quais partidos políticos serão representados no governo. *In*: SERIK, 2014, p. 37.

derrotar a técnica fascista em seu próprio campo de batalha. E, para isso, o primeiro passo seria ter a consciência do perigo comum, juntamente com o reconhecimento do que foi feito no caminho da defesa por outras nações em situações semelhantes, pois “negligenciar a experiência das Democracias falecidas seria equivaleria à rendição pela vida das Democracias”.

Em outras palavras, ele defendia que os nazistas só poderiam ser enfrentados e derrotados pela adoção de seus próprios métodos, isto é, a “preservação da Democracia por métodos não democráticos”.<sup>19</sup> Todavia, ele desejava apoiar a introdução de uma legislação antifascista, com a proibição de partidos alegadamente fascistas, a restrição da liberdade de discurso que se torna “abuso político”, a vigilância rigorosa das comunicações e a capacitação da polícia secreta para filtrar a propaganda subversiva. E foi assim que Loewenstein lançou, em 1937, seu projeto para recomendar uma “Democracia Militante” para o mundo liberal. (MADDOX, 2021, p. 46)

Mas como conceituar “Democracia Militante”? Apesar de não existir uma definição universal para a categoria, alguns autores se dedicaram a explicá-la. Otto Pfersmann a descreve como uma estrutura política e jurídica projetada para preservar a Democracia contra aqueles que buscam miná-la internamente ou destruí-la externamente, valendo-se das instituições democráticas e do apoio popular. Outros estudiosos a concebem como uma forma de Democracia Constitucional autorizada a proteger as liberdades civis e políticas, impondo restrições preventivas ao seu exercício, visando salvaguardar o caráter democrático de uma ordem constitucional. Para Gregory H. Fox e Georg Nolte, a Democracia Militante se limita a um conjunto de medidas destinadas a evitar a alteração do caráter democrático de um estado pela eleição de partidos antidemocráticos. Samuel Issacharoff a define como a mobilização das instituições democráticas para resistir à captura por forças antidemocráticas, visando evitar que as instituições democráticas sejam subjugadas pelo que pode ser chamado de Democracia. Paul Harvey a caracteriza como um sistema capaz de defender a constituição contra atores antidemocráticos que utilizam o processo democrático para subvertê-la. (TYULKINA, 2015, p. 520)

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, o conceito de Democracia Militante se tornou o principal quadro teórico e empírico no estudo da Democracia e a principal resposta ao problema do extremismo político. Mas, apesar disso, o que era para ser um mecanismo para

---

<sup>19</sup> Ele, inclusive, elogiou as medidas adotadas pelos Alemães, incluindo as medidas de banir exércitos privados, a utilização de uniformes paramilitares e a exortação à rebelião. Além disso, escreveu que “na política a defesa é moldada de acordo com os métodos de luta do agressor” e citou Leon Blum para defender que “durante a guerra, a legalidade tira férias”. *In*: MADDOX, 2021, p. 46.

combater o autoritarismo do fascismo, terminou com uma Democracia autoritária. Serik (2014, p. 39/46) aponta outras várias críticas a respeito da Democracia Militante de Loewenstein:

Primeiro, a vasta investigação sobre a democracia militante deve ser criticada por ter um foco limitado em medidas e disposições legais que sejam relevantes para defender uma democracia. [...] os estudiosos da democracia militante tendem a concentrar-se apenas em instrumentos jurídicos repressivos, como a proibição legal de partidos políticos. Embora esses estudos construam uma boa base, deve-se notar que as democracias contemporâneas usam muitas outras medidas não repressivas para combater a ameaça de partidos não democráticos e grupos dentro dos seus sistemas políticos, [...]. Simultaneamente, os estudiosos enfatizaram a importância de outras ferramentas legais para defender a democracia, que originalmente não foram mencionados no livro de Loewenstein [...]. Além disso, a investigação anterior sobre a democracia militante deve ser criticada por não fornecer uma avaliação abrangente e sistemática das diferenças e semelhanças entre democracias em termos de defesa formal-legal. (SERIK, 2014, p. 46-48)

Com isso, o conceito de Democracia Militante, que tem sido o principal conceito paradigmático no estudo das respostas democráticas à inimigos da Democracia, não é mais suficiente como base teórica e empírica para estudar a gama de mecanismos legais contemporâneos que as Democracias empregam contra partidos e grupos não democráticos. Além disso, parece ser ineficaz em capturar as variações entre eles em termos de formal-jurídico defensiva democrática. (SERIK, 2014, p. 51)

Surge, assim, a Democracia Defensiva. Seguindo a mesma racionalidade da Democracia Militante, a teoria da Democracia Defensiva também foi desenvolvida para impedir que grupos extremistas, situações indesejadas ou momentos de instabilidade institucional afetem o regular funcionamento da Democracia. Apesar de terem a mesma origem, a teoria da Democracia Defensiva diferencia-se da Democracia Militante por ser mais ampla. Vale dizer, a Democracia Militante foi criada e desenvolvida para lidar com uma situação específica: a questão da exclusão de partidos ou de grupos políticos totalitários do processo democrático. A Democracia Defensiva, entretanto, visa impedir que vulnerem a própria Democracia, quaisquer sejam as situações ou grupos que afetem a normalidade democrática. (FERNANDES, 2021, p. 138)

## **6. ESTRATÉGIAS DE MITIGAÇÃO DE ATAQUES À DEMOCRACIA: A DEMOCRACIA DEFENSIVA**

A Democracia Defensiva é definida por Capoccia como um conceito que engloba todos os mecanismos que visam, explicita e diretamente, defender o sistema democrático da ameaça de inimigos internos, sejam estas disposições formais parte de estratégias políticas.

(SERIK, 2014, p. 23) Em outras palavras, a Democracia Defensiva tem por base a ideia de um Estado Democrático de Direito em que a liberdade esteja permanentemente garantida e protegida. Portanto, a lei fundamental não concede liberdades que possam ser utilizadas com o fim de extinguir essa ordem constitucional, de forma que não permite que o exercício da liberdade possa se tornar um risco justamente para essa liberdade. Por isso, desde cedo, afirma-se que os inimigos da Constituição não podem invocar as liberdades garantidas pela Constituição para ameaçar, prejudicar ou destruir a ordem constitucional. Essa é a ideia inerente ao conceito da Democracia Defensiva. (CHRIST, 2023)

Com base na definição aqui empreendida, talvez algumas estratégias para se mitigar ataques à Democracia a partir da utilização dos instrumentos democráticos que lhe são próprios sejam aqueles propostos por Capoccia (2005, p. 49-56), que identificou quatro principais estratégias defensivas para proteger a Democracia contra esses inimigos da liberdade: “militância”, “incorporação”, “expurgo” e “educação”.

Quanto à *primeira* estratégia definida pelo autor (militância), abrange ela todas as legislações que visam coibir os direitos políticos e civis dos atores não democráticos<sup>20</sup> com base na sua ideologia política ou atividades que ameaçam a ordem democrática. De todas as estratégias incluídas em seu referencial teórico da Democracia Defensiva, Capoccia definiu a estratégia da militância como a mais arma governamental visível e eficaz na luta contra o extremismo político.

Com relação à *segunda* estratégia (incorporação), ela inclui as estratégias usadas por partidos democráticos estabelecidos para dissipar ideologias não democráticas, aceitar no regime partes do *establishment* não democrático, construindo alianças estratégicas com eles no parlamento, ou fazendo concessões políticas, ou liderando negociações com eles. Como argumento, o principal objetivo desta estratégia é enfraquecer o campo extremista e aumentar a legitimidade do regime democrático, e esclarece que esta estratégia é uma solução de curto prazo e implementada quando o inimigo é real e iminente.

Já a *terceira* estratégia, qual seja a de “expurgo”, esta visa garantir a lealdade sistêmica dos funcionários públicos, aprovando leis que exijam que os funcionários públicos demonstrem apoio a ordem democrática e a exclusão de membros de partidos não democráticos.

---

<sup>20</sup> Giovanni Capoccia (2001, p. 433) explica que, embora atores políticos que não sejam partidos políticos (como grupos de interesse, exército, etc.) possam representar uma ameaça à democracia, quando o extremismo se apresenta como partido político, ele traz o desafio para uma das instituições mais importantes: o parlamento. Ademais, o autor considera “extremistas” os partidos que são contra os fundamentos da democracia pluralista ou a unidade territorial do Estado, ou ambos.

Por último, a *quarta* estratégia que Capoccia denominou “educação” visa fortalecer valores e crenças democráticos na sociedade em geral e entre partes da população afetada ou exposta à influência extremista.

Basicamente, Capoccia (2001, p. 432) entende que, para defender a democracia, deve-se encontrar um equilíbrio delicado entre duas ameaças opostas à democracia: por um lado, discriminar um indivíduo ou grupo em razão de posições políticas ou ideológicas representa uma grave restrição dos direitos civis e políticos que, se não for cuidadosamente dosada, pode dar origem a tendências autoritárias; por outro lado, tolerar (ou, em outras palavras, dar liberdade para) forças antidemocráticas pode levar o sistema ao colapso em tempos de crise.

Em um contexto prático, destaca-se na Alemanha o “Departamento Federal de Proteção da Constituição da Alemanha” (*Bundesamt für Verfassungsschutz – BfV*) como exemplo de mecanismo que visa a defesa da democracia. A agência nacional de inteligência alemã tem como objetivo identificar indivíduos e organizações antidemocráticos e mantê-los sob vigilância. Para isso, o BfV possui instrumentos constitucionais robustos que podem ser chamados de democracia defensiva, tais como: a proibição de partidos políticos antidemocráticos; a perda de direitos fundamentais por cidadãos golpistas, e; em último caso, exercer resistência armada contra projetos ditatoriais. (BENNHOLD, 2023)

Em 2021, o partido Alternativa para a Alemanha (*Alternative für Deutschland - AfD*) foi colocado sob vigilância pelo BfV em razão de suas atividades anticonstitucionais. O Presidente do departamento, Thomas Haldenwang, destacou que a crise migratória na Europa trouxe à tona a crescente popularidade de ideias extremistas na Alemanha, especialmente após a chegada do partido AfD ao Parlamento, que defende pautas racistas e anti-imigração. Também, em 2022, o departamento ajudou a desbaratar um plano para derrubar o governo em uma das maiores operações de contraterrorismo da Alemanha pós-guerra<sup>21</sup>. (BENNHOLD, 2023)

No cenário nacional, após a crise democrática que marcou as eleições gerais de 2022, Luiz Inácio Lula da Silva assinou, em 1º de janeiro de 2023, o Decreto nº 11.328/2023, que reestruturou a Advocacia-Geral da União (AGU) com a criação de novos órgãos e unidades. Dentre eles, está a Procuradoria Nacional da União de Defesa da Democracia, instituída com o

---

<sup>21</sup> A operação deteve 25 suspeitos de grupo que planejava entrar de maneira violenta no *Bundestag* (parlamento) com um pequeno grupo armado, com o fim de colocar no poder um descendente de uma família real alemã. O grupo seria simpatizante do *Reichsbürger* (Cidadãos do Reich), movimento que não reconhece a Alemanha moderna como um Estado legítimo. Reportagem disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2022/12/alemanha-prende-extremistas-que-planejavam-golpe-de-estado-e-nomeacao-de-principe.shtml>. Acesso em: 13 de outubro de 2024.

propósito de ampliar o papel da AGU em ações e debates relativos ao fortalecimento da democracia brasileira (BRASIL, 2023a). Em seu discurso de posse na Advocacia-Geral da União, o procurador da Fazenda Nacional, Jorge Rodrigo Araújo Messias, anunciou a criação do novo órgão e enfatizou que, com essa iniciativa, busca-se contribuir “com os esforços da democracia defensiva e promover pronta resposta a medidas de desinformação e atentados à eficácia de políticas públicas e ambiental” (BRASIL, 2023b).

Desse modo, apesar de ser a Democracia Defensiva uma teoria (ainda) pouco difundida no Brasil, parece necessário pensar no incremento de mais mecanismos excepcionais para que o regime democrático possa se defender de ameaças internas antidemocráticas e, a partir disso, seja possível se aproximar cada vez mais de um modelo de Estado Democrático de Direito onde a liberdade exercida dentro dos limites constitucionais e legais esteja permanentemente garantida e protegida. Ou seja, trata-se daquilo que foi diagnosticado nos estudos realizados por Karl Popper (1974, p. 289): “(...) o chamado paradoxo da liberdade é o argumento de que a liberdade, no sentido da ausência de qualquer controle restritivo deve levar a maior restrição, pois torna os violentos livres para escravizarem os fracos”. Desse modo, conforme observações de Platão a respeito dos paradoxos da liberdade e da Democracia, “(...) é provável que muita liberdade não se converta senão em muita escravidão, tanto no indivíduo como no estado, daí ser razoável supor que a tirania não chega ao poder senão por intermédio da Democracia”. Logo, “onde quer que surja uma tirania, essa liderança partidária democrática será a origem de que ela nasce”.

Com isso, mostra-se imperioso, na perspectiva política global, refletir sobre os diversos tipos e mecanismos que podem receber o nome de Democracia Defensiva, pois é sempre conveniente uma demanda por uma Democracia forte e que consiga, por suas próprias estruturas, evitar que as liberdades garantidas constitucionalmente sejam abusadas e deturpadas pelos inimigos dessas liberdades.

Por fim, ao se considerar a Democracia Defensiva um caminho promissor para fortalecer o sistema democrático, torna-se evidente a necessidade de debater e implementar seus diversos mecanismos. Esses instrumentos jurídicos podem mitigar ameaças antidemocráticas internas e promover uma Democracia realmente forte, capaz de se defender de possíveis abusos e deturpações das liberdades constitucionais arduamente garantidas no plano da história.

## 7. CONCLUSÃO

O presente estudo teve por objetivo verificar se os Estados Democráticos (sob o prisma da Democracia Constitucional) são capazes de conter avanços autoritários que agem sob pretexto do uso das liberdades públicas.

Conforme o diagnóstico apresentado por Yascha Mounk, há uma refração democrática no planeta, ou seja, há cada vez menos países que empreendem esse regime do governo no globo. E o autoritarismo, ao que parece, toma lugar e apoio justamente a partir de direitos de liberdade garantidos pelos ambientes democráticos de modo que a Democracia pode servir de via adequada para sua própria derrocada.

Para atingir os objetivos propostos, o estudo teve início com a compreensão da ideia de liberdade em Democracia, tendo em vista que a liberdade dos indivíduos é um princípio fundamental nas democracias modernas. Verificaram-se também, diante desse paradigma democrático, os instrumentos jurídicos de exercício das liberdades, tanto no campo jurídico internacional quanto no âmbito no direito interno. Com isso, a pesquisa se ocupou de entender o paradoxo da liberdade e demonstrar que, mesmo sendo a liberdade uma garantia constitucional, certo (ab)uso dela pode representar um perigo para a Democracia, pois os inimigos da liberdade usam trajes democráticos e, desse modo, as ameaças vem de dentro.

A parte seguinte do estudo teve como foco a usurpação do poder por Adolf Hitler em 1933 no espaço alemão com a instalação do Nacional Socialismo. Aqui, não houve, ao menos num primeiro momento, o uso da força. Hitler aproveitou-se do consenso e agiu sob o manto da legalidade ao distorcer os princípios germânicos, colocar a mídia a seus serviços para criar uma imagem positiva a respeito da ideologia que se implementava e explorar medos profundamente enraizados da população. Com a popularidade bastante acentuada, promoveram-se programas de criação de empregos e de combate ao comunismo enquanto a Alemanha passava pela Crise de 1929. Dessa forma, a combinação do Decreto do Incêndio do Reichstag e do Ato Habilitante conferiu à ascensão nazista uma aparência de legitimidade, facilitando a aceitação da ditadura pela população. Em conclusão, a exemplo da experiência alemã, as salvaguardas constitucionais parecem não ser, em si mesmas, suficientes para garantir a Democracia.

E foi a partir dessa experiência que se originou a teoria da Democracia Militante desenvolvida pelo constitucionalista alemão Karl Loewenstein. Inconformado com a facilidade com que o Partido Nazista Alemão chegou e se manteve no poder através de meios legais, desenvolveu, em 1937, o conceito de Democracia Militante a partir do qual se determinou um

robusto conjunto de medidas legais a ela relacionada. Algumas dessas medidas (militantes) parecem dialogar, porém, com instrumento de coação que extrapolam a via democrática, mas sob o prisma de sobrevivência da Democracia. Conforme verificado, a sua razão de ser, ou seja, a sua justificativa, foi a incapacidade da República de Weimar de se defender contra a ascensão do Partido Nazista.

Por fim, buscou-se compreender o conceito de Democracia Militante e a transição dela para a teoria da Democracia Defensiva. A principal diferença entre as duas se encontra no fato de que a primeira foi desenvolvida para lidar, exclusivamente, com a questão da exclusão de partidos ou de grupos políticos totalitários do processo democrático, ao tempo que a segunda engloba todos os mecanismos que visam defender o sistema democrático da ameaça de inimigos internos, ou seja, possui viés mais abrangente e menos político do que aquele apresentado pela Democracia Militante. Com relação à última teoria, apresentou-se as quatro principais estratégias propostas por Giovanni Capoccia para mitigar ataques à Democracia: a “militância”, a “incorporação”, o “expurgo” e a “educação”.

Atualmente, a Democracia Defensiva é mais bem explicada por Josef Christ, juiz do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, o qual defende a ideia de que os instrumentos de defesa apenas podem ser acionados quando voltados a tutelar princípios centrais e indispensáveis ao Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

AIETA, Vania Siciliano. Verbete “Democracia”. *In*: BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos; Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BENNHOLD, Katrin. **Por que Alemanha criou um cargo no governo de ‘defensor da democracia’**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2023/01/por-que-alemanha-criou-um-cargo-no-governo-de-defensor-da-democracia.shtml>. Acesso em: 14 de outubro de 2024.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BRASIL (a). Assessoria de Comunicação Social da AGU. **Nova estrutura da AGU entra em vigor**. Publicado em 24/01/2023. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/nova-estrutura-da-agu-entra-em-vigor>. Acesso em: 13 de outubro de 2024.

BRASIL (b). Serviços de Informações do Brasil. **Jorge Messias anuncia a criação da Procuradoria de Defesa da Democracia na AGU**. Publicado em 03/01/2023. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestao-publica/2023/01/jorge-messias-anuncia-a-criacao-da-procuradoria-de-defesa-da-democracia-na-agu>. Acesso em: 13 de outubro de 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 30 de agosto de 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPOCCIA, Giovanni. **Defending democracy: reactions to extremism in interwar Europe**. Baltimore: The John Hopkins University Press, 2005.

CAPOCCIA, Giovanni. Defending democracy: reactions to political extremism in inter-war Europe. **European Journal of Political Research**, n. 39, p. 431-460, 2001.

CARBONELL, Miguel. VV.AA. (Varios autores). Neoconstitucionalismo: teoria y práctica. *In*: CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Eds.). **El canón neoconstitucional**. Madrid: Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2010, 2010.

CHAVES JUNIOR, A.; AGUIAR DE PÁDUA, T. Liberdade (<=S=>) em Discricionariiedade?! Restrições ao direito de liberdade no contexto pandêmico. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 25, n. 3, p. 674-703, 2020. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/17164>. Acesso em: 10 jan. 2024.

CHRIST, Josef. **Conferência sobre Democracia Defensiva**. Brasília. 16 de agosto de 2023. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=BluZgLSvHt8>. Acesso em 17 de agosto de 2023.

COPELLI, Giancarlo Montagner; MORAIS, Jose Luis Bolzan; TASSINARI, Clarissa. O populismo contra o estado de direito: a crise da democracia na “era digital”. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 26, n. 52, 2023.

FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. Democracia defensiva: origens, conceito e aplicação prática. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 58, n. 230, p. 133-147, abr./jun. 2021. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril\\_v58\\_n230\\_p133](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/230/ril_v58_n230_p133). Acesso em: 02 de setembro de 2023.

FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional y Derechos Fundamentales. *In*: FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Traducción de Perfecto A. Ibáñez, et al. Madrid: Trotta, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político.** Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2014.

FÜRSTENAU, Marcel. **AfD pode ser classificada como uma organização extremista?** DW Brasil, 12 de março de 2024. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/afd-pode-ser-classificada-como-uma-organiza%C3%A7%C3%A3o-extremista/a-68505303>. Acesso em: 12 de março de 2024.

G1. **Suprema Corte de Israel derruba reforma que levou milhões às ruas contra Netanyahu em 2023.** Globo Notícias, 01 de janeiro de 2024. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2024/01/01/suprema-corte-de-israel-derruba-reforma-que-levou-milhoes-as-ruas-contra-netanyahu-em-2023.ghtml>. Acesso em 12 de março de 2024.

GELLATELY, Robert. **Apoiando Hitler: consentimento e coerção na Alemanha Nazista.** Tradução de Vitor Paolozzi. Rio de Janeiro: Record, 2011.

KELSEN, Hans. **A democracia.** Tradução de Ivone Castilho Benedetti, et al. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KÜFNER, Michaela. **Ataque de Trump ainda abala democracia dos EUA.** DW Brasil, 23 de julho de 2022. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/opini%C3%A3o-ataque-de-trump-ainda-abala-democracia-dos-eua/a-62574098>. Acesso em: 12 de março de 2024.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem.** Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights – Part 1. **American Political Science Review**, [s. l.], v. 31, n. 3, p. 417-432, 1937a.

LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights – Part 2. **American Political Science Review**, [s. l.], v. 31, n. 3, p. 638–658, 1937b.

MADDOX, Graham. Karl Loewenstein, Max Lerner e a Democracia Militante: Um Apelo à “Democracia Forte”. Tradução de Thiago Aguiar de Pádua. **Revista da Advocacia Pública Federal**, v. 5 n.1, 2021.

MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia: porque nossa liberdade corre perigo e como salvá-la.** Tradução de Cássio de Arantes Leite, Débora Landsberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”)**, 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 30 de agosto 2023.

POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos.** Tradução de Milton Amado (Coleção Espírito do nosso Tempo, 1). Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Edusp, 1974.

PRIETO SANCHÍS, Luis. El constitucionalismo de los derechos. *In*: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos**. Madrid: Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM, 2007.

RFI. “Nova prova para a democracia espanhola”, diz especialista sobre anistia de separatistas catalães por Sánchez. RFI Brasil, 09 de novembro de 2023. Disponível em: <https://www.rfi.fr/br/europa/20231109-nova-prova-para-a-democracia-espanhola-diz-especialista-sobre-anistia-de-separatistas-catal%C3%A3es-por-s%C3%A1nchez>. Acesso em: 12 de março de 2024.

SERIK, Beimenbetov. **A comparative analysis of ‘defensive democracy’**: a cross-national assessment of formal-legal defensiveness in 8 advanced European democracies. 2014. Thesis (Doctor of Philosophy in Politics) - University of Exeter, Exeter, 2014. Disponível em: [https://www.academia.edu/70313959/A\\_comparative\\_analysis\\_of\\_defensive\\_democracy\\_a\\_cross\\_national\\_assessment\\_of\\_formal\\_legal\\_defensiveness\\_in\\_8\\_advanced\\_European\\_democracies](https://www.academia.edu/70313959/A_comparative_analysis_of_defensive_democracy_a_cross_national_assessment_of_formal_legal_defensiveness_in_8_advanced_European_democracies). Acesso em: 26 de agosto de 2023.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SIMON, Henrique Smidt. Relativismo como fundamento da democracia liberal: aportes a partir do pensamento de Hans Kelsen. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 27, n. 53, 2023.

SLIPOWITZ, Amy; LOLDJ, Mina. **Visible and Invisible Bars**: Political imprisonment, civil death, and the consequences of democratic erosion. Washington: Freedom House, 2024.

TODOROV, Tzvetan. **Os inimigos íntimos da democracia**. Tradução de Joana Angélica d’Avila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

TYULKINA, Svetlana. Militant democracy: an alien concept for Australian constitutional law? **Adelaide Law Review**, v. 36, n. 2, p. 517-539, 2015.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces Constitucionales. *In*: **Teoría del neoconstitucionalismo**. CARBONELL, Miguel (ed.). Madrid: Editorial Trotta, 2007.

## DESENVOLVIMENTO HUMANO E CAPACIDADES: UMA ANÁLISE DO ACESSO À SAÚDE E À JUSTIÇA NAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

*HUMAN DEVELOPMENT AND CAPACITIES: AN ANALYSIS OF ACCESS TO HEALTH AND JUSTICE IN DECISIONS OF THE FEDERAL SUPREME COURT*

Anna Paula Bagetti Zeifert<sup>1</sup>

*Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí)*

Luiza Mello Fruet<sup>2</sup>

*Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí)*

Vitória Agnoletto<sup>3</sup>

*Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí)*

### Resumo:

Este artigo analisa os Temas 793 e 1234 do Supremo Tribunal Federal que determinaram, respectivamente, em razão da competência comum dos entes federados, a responsabilidade solidária nas demandas prestacionais na área da saúde e a obrigatória presença da União no polo passivo das ações que versam sobre medicamentos registrados pela Anvisa, mas não padronizados no SUS, bem como a competência da Justiça Federal. Avalia, tendo como referência a abordagem das capacidades (capabilities approach), qual o impacto dessas decisões na defesa do bem-estar e de um desenvolvimento humano digno, analisando a temática do acesso à saúde e do acesso à justiça à luz das decisões da corte. Questiona, ainda, em que medida a edição dos referidos Temas, pelo STF, estaria em desacordo com a abordagem das capacidades, privando os indivíduos hipossuficientes de uma vida digna de ser vivida. O método de abordagem empregado é o hipotético-dedutivo, ancorado na pesquisa bibliográfica. Assim, com base no estudo e a título de conclusão, é possível afirmar que a edição das referidas normativas obstou o acesso à justiça de grande parcela da população, privando-os do direito à saúde e à justiça e do exercício pleno das capacidades.

### Palavras-chave:

Abordagem das Capacidades. Dignidade. Hipossuficientes. Justiça. Saúde.

---

<sup>1</sup> Pós-Doutorado pela Escola de Altos Estudos - Desigualdades Globais e Justiça Social: Diálogos sul e norte, do Colégio Latino-Americano de Estudos Mundiais, programa da Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (FLACSO Brasil e UNB). Doutora em Filosofia (PUCRS). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos - e do Curso de Graduação em Direito (UNIJUI). Integrante do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos, Justiça Social e Sustentabilidade (CNPq). Coordenadora do Projeto "Determinantes Multidimensionais da Pobreza e da Fome no Brasil e na Argentina: estudo comparado sobre o alcance dos programas de desenvolvimento e assistência social na superação das situações de vulnerabilidades" (FAPERGS). Coordenadora do Observatório de Direitos Humanos (PPGDH/UNIJUI). E-mail: anna.paula@unijui.edu.br. Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-4424-1626>.

<sup>2</sup> Mestra pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da UNIJUI, com área de concentração em Direitos Humanos. Integrante do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos, Justiça Social e Sustentabilidade (CNPq). Advogada. Professora Substituta na UFTO. E-mail: luiza.fruet@sou.unijui.edu.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7913-6100>.

<sup>3</sup> Mestranda em Direitos Humanos pelo PPGD/UNIJUI. Bolsista PROSUC/CAPES (Código de Financiamento 001). Pós-Graduada em Direito Médico e da Saúde pelo IPMDS. Auxiliar Jurídica no Hospital de Clínicas Ijuí (HCI). Advogada. Graduada em Direito pela UNIJUI. Integrante do projeto de pesquisa "Determinantes Multidimensionais da Pobreza e da Fome no Brasil e na Argentina: estudo comparado sobre o alcance dos programas de desenvolvimento e assistência social na superação das situações de vulnerabilidades" (FAPERGS), do grupo de pesquisa "Direitos Humanos, Justiça Social e Sustentabilidade" (CNPq) e do projeto de extensão "Observatório de Direitos Humanos" (CNPq). E-mail: vitoria.agnoletto@sou.unijui.edu.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2689-7488>.

**Abstract:**

The article analyzes Themes 793 and 1234 of the Federal Supreme Court which determined, respectively, due to the common competence of the federated entities, the joint responsibility in the demands for services in the area of health and the mandatory presence of the Union in the passive pole of the actions that deal with medicines registered by Anvisa, but not standardized in the SUS, as well as the jurisdiction of the Federal Court. It assesses, using the capabilities approach as a reference, the impact of these decisions in defending well-being and dignified human development, analyzing the issue of access to health and access to justice and in light of the decisions of the cut. It questions to what extent the publication of the aforementioned Themes by the STF would be in disagreement with the capabilities approach, depriving individuals with low income from a life worth living. The approach method used is hypothetical-deductive, anchored in bibliographical research. Thus, based on the study and by way of conclusion, it is possible to state that the publication of the aforementioned regulations prevented access to justice for a large portion of the population, depriving them of the right to health and justice and the full exercise of their capabilities.

**Keywords:**

Capability Approach. Dignity. Poor. Justice. Health.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar os impactos causados pela edição dos Temas 793 e 1234, do Supremo Tribunal, Federal tendo como referência a abordagem das capacidades (*capabilities approach*)<sup>4</sup>, que defende o bem-estar e o desenvolvimento humano para além do direito, atrelados à ideia de liberdade<sup>5</sup>. Para isso, analisa a temática do acesso à saúde e à justiça, verificando quais as possibilidades da garantia da dignidade à luz das decisões da corte.

A Constituição Federal de 1988 representou um marco significativo na história do Brasil, estabelecendo um conjunto de direitos sociais destinados a assegurar a dignidade e o bem-estar de todos os cidadãos. Entre esses direitos, a saúde ocupa uma posição central, conforme disposto nos artigos 6º e 196. Ao garantir a saúde como um direito de todos e um dever do Estado, a Constituição solidificou a base para a criação de um sistema de saúde público, universal e descentralizado. A Lei nº 8.080/1990 (Brasil, 1990), conhecida como Lei Orgânica da Saúde, detalhou a estrutura e o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) articulando as responsabilidades entre os diferentes níveis de governo (Brasil, 2024).

A consolidação da saúde como um direito social fundamental alinhou-se aos princípios da dignidade da pessoa humana e do bem-estar social, combinado com o artigo 6º, em que a

---

<sup>4</sup> A teoria das capacidades teve início com o economista Amartya Sen, que centra as suas discussões na ideia de liberdade e autonomia dos sujeitos, conceitos operacionais centrais nas suas obras, desde *Desenvolvimento como Liberdade* (2020). “Para o referido autor, uma das coisas mais importantes para idealizar o tipo de vida que o ser humano pode levar é compreender a importância da liberdade de escolher um estilo de vida dentro dos diferentes modos de viver, ou seja, a capacidade que a pessoa possui para escolher a vida que quer levar, possível através da liberdade dessa escolha” (Zeifert; Agnoletto, 2023, p. 337).

<sup>5</sup> É importante destacar que a afirmação de que a abordagem das capacidades está para além da ideia de liberdade, deve-se ao avanço da teoria de Nussbaum (2013) em relação à teoria de Sen (2020), autores que servirão de apoio para as discussões neste artigo.

saúde é listada entre os direitos sociais, e o artigo 196, em que é explicitamente definida como “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (Brasil, 2024).

Esses dispositivos constitucionais sublinham a responsabilidade do Estado em assegurar que todos os cidadãos tenham acesso a serviços de saúde de qualidade, independentemente de sua condição socioeconômica ou localização geográfica. A inclusão do princípio da dignidade da pessoa humana, conforme o inciso III do artigo 1º, reforça a ideia de que a saúde é essencial para se ter uma vida digna (Brasil, 2024).

Complementarmente, com a promulgação da Lei nº 8.080/1990 (Brasil, 1990), foram estabelecidas as diretrizes para a organização e funcionamento do SUS, um sistema de saúde público que visa a atender toda a população brasileira de maneira integral, universal e gratuita. A Lei detalha a responsabilidade do Poder Público na gestão do SUS, distribuindo as atribuições entre as esferas federal, estadual e municipal (Brasil, 2024).

Nesta direção, constitui-se como um dos pilares fundamentais do SUS a descentralização, prevista no inciso I, do artigo 198, da Constituição Federal (Brasil, 2024), e no inciso IX, do artigo 7º, da Lei nº 8.080/1990 (Brasil, 2024). A descentralização busca garantir que os serviços de saúde sejam acessíveis em todas as regiões do país, permitindo uma maior autonomia para Estados e municípios na gestão e execução das políticas de saúde.

A regionalização complementa a descentralização, promovendo uma organização dos serviços de saúde de forma a atender de maneira adequada às necessidades específicas de cada região. A hierarquização dos serviços, com a definição de níveis de complexidade (atenção básica, média e alta complexidade), visa a otimizar os recursos disponíveis e assegurar que os cuidados mais complexos sejam prestados em centros especializados (Ministério da Saúde, 2024).

Apesar das robustas bases legais e organizacionais do SUS, o estabelecimento pleno do direito à saúde enfrenta vários desafios. Um dos mais críticos é a desatualização dos protocolos terapêuticos e da Tabela do SUS, que lista os medicamentos e tratamentos cobertos pelo sistema público. A responsabilidade pela atualização destes protocolos recai sobre o Ministério da Saúde, mas a incorporação de avanços médicos e científicos muitas vezes é lenta, criando um descompasso entre as necessidades dos pacientes e as opções terapêuticas disponíveis.

A desatualização dos protocolos e a falta de determinados medicamentos no SUS têm levado muitos cidadãos a buscar a judicialização como meio de garantir seu direito à saúde. Conseqüentemente, a judicialização da saúde tem se tornado uma prática comum no Brasil, quando os pacientes recorrem ao Judiciário para obter medicamentos e tratamentos não contemplados pelo SUS. Embora essa prática possa resolver casos individuais, ela também destaca as deficiências sistêmicas na atualização e gestão das políticas de saúde pública.

Na esfera do Poder Judiciário, os Temas 793 e 1234 do Supremo Tribunal Federal determinaram, respectivamente, em razão da competência comum dos entes federados, a responsabilidade solidária nas demandas prestacionais na área da saúde e a obrigatória presença da União no polo passivo das ações que versam sobre medicamentos registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), mas não padronizados no SUS, definindo a competência da Justiça Federal. A referida alteração, conforme pretende-se demonstrar com a presente pesquisa, repercute na privação do exercício das capacidades dos indivíduos na medida em que retira o acesso pleno à justiça especialmente daqueles indivíduos hipossuficientes.

A jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) dificultou a própria efetivação da diretriz basilar do SUS: a descentralização para promoção universal da saúde no território. Embora seja de responsabilidade do Ministério da Saúde, no âmbito federal da gestão do SUS, definir os protocolos dos tratamentos de alta complexidade (como os oncológicos) para todo o país, a imposição da legitimidade passiva da União nas ações de medicamentos não padronizados impacta na centralização e na obstaculização do acesso dos cidadãos aos serviços de saúde.

Este estudo sustenta que o acesso à justiça dos indivíduos hipossuficientes se dá por meio das Defensorias Públicas Estaduais e, com esse entendimento, haveria a necessidade do ingresso das ações que pautam a temática ocorrer pelas Defensorias Públicas da União, as quais possuem números muito inferiores de unidades e se encontram localizadas em grandes centros, afastadas das pequenas cidades, privando os cidadãos do exercício das capacidades. A abordagem a partir da teoria das capacidades é trabalhada por dois autores contemporâneos, Amartya Sen e Martha Nussbaum, e evidencia a necessidade de os seres humanos possuírem condições mínimas de viver uma vida com dignidade.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Conforme acrescentam Zeifert e Sturza (2024), “ambos os autores compartilham de uma concepção de ser humano que não pode ser compreendida fora de seu contexto social, político, econômico e cultural, elementos determinantes na diversidade de identidades do indivíduo. A capacidade de uma pessoa está diretamente relacionada às condições em que a mesma se encontra inserida. A liberdade de escolha depende da medida da capacidade de cada indivíduo de ser livre para escolher o que considera valoroso e possuir a real oportunidade para efetuar suas escolhas.”

O problema que orienta esta pesquisa pode ser sintetizado na seguinte pergunta: em que medida a edição dos Temas 793 e 1234 do STF estaria em desacordo com a abordagem das capacidades, privando os indivíduos de uma vida digna de ser vivida?

Para tanto, são objetivos deste texto: a) avaliar as decisões proferidas pelo STF que originou os Temas 793 e 1234; e b) compreender, a partir da abordagem das capacidades, se os indivíduos estariam tendo dificuldades no acesso à saúde e à justiça a partir dos Temas 793 e 1234, bem como sendo privados do exercício pleno das suas capacidades.

A fim de apresentar a temática de estudo, este artigo está dividido em duas seções que apresentam as informações relacionadas à temática da judicialização da saúde e a decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito da questão que envolve os Temas 793 e 1234, assim como a exposição da teoria das capacidades a partir dos seus principais autores, considerando a decisão do STF uma privação do exercício pleno das capacidades (*capabilities approach*). Nesse sentido, o texto trabalha com conceitos operacionais fundamentais para a apresentação da temática e sua conexão com as questões mais práticas do direito.

O método empregado para o desenvolvimento desta pesquisa foi o hipotético-dedutivo, mediante a técnica de pesquisa bibliográfica, considerando a análise da temática jurídica, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), as informações constatadas junto ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e as obras dos teóricos da abordagem das capacidades.

## **2. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E ACESSO À JUSTIÇA: AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A RESPEITO DAS QUESTÕES QUE ENVOLVEM OS TEMAS 793 E 1234**

Esta seção busca apresentar as informações relativas às decisões proferidas pelo STF – Temas 793 e 1234 – e a repercussão nos julgados que envolvem diretamente o direito à saúde e à justiça, considerando o direito humano fundamental, avaliando qual o impacto de tal decisão na vida das pessoas e o quanto isso altera o modo de garantir acesso à justiça de uma forma mais ampla.

É de conhecimento que a efetivação dos princípios fundamentais, em especial o direito à saúde, permeia um dos maiores problemas enfrentados pelo sistema jurídico, mesmo com sua consolidação na Constituição Federal, a qual atribui ao Estado o dever de zelar pelas garantias fundamentais, incluída a saúde de todos os seres humanos. A saúde, conforme conceituado no

ano de 1947 pela própria Organização Mundial da Saúde (OMS), engloba um bem-estar físico, mental e social, não possuindo vínculos apenas com questões propriamente ligadas a doenças e enfermidades. Ocorre que a ausência de garantia à saúde faz com que surjam demandas judiciais, as quais aumentam vertiginosamente com o passar dos anos (Copetti; Gimenez, 2021).

Sobre este assunto, Barroso (2009) destaca que essa transferência para o Judiciário de discussões acerca de questões de repercussão política ou social, como no caso da saúde, que é dever do Executivo, traz problemas não apenas de cunho linguístico, mas especialmente social, pois afasta a participação daqueles que efetivamente são os destinatários do direito, quais sejam, os indivíduos detentores de direitos e garantias, o que somente é possível no Poder Executivo e Legislativo.

Importa contextualizar a respeito da Lei nº 8.080/1990 (Brasil, 2024), marco fundamental na organização do SUS no Brasil, que estabelece diretrizes e princípios para a gestão descentralizada e universalizada da saúde no país. Sob a égide desta Lei, o Ministério da Saúde assume a responsabilidade pela coordenação federal do sistema, enquanto Estados e municípios têm papéis cruciais na execução e operacionalização dos serviços de saúde.

A referida norma foi promulgada com o objetivo de criar um sistema de saúde público que fosse universal, integral e equitativo. Esse sistema é caracterizado pela descentralização das ações e serviços de saúde, com uma distribuição clara de responsabilidades entre as esferas federal, estadual e municipal. O Ministério da Saúde é incumbido de estabelecer diretrizes nacionais, formular políticas públicas e coordenar as ações em âmbito federal. As Secretarias Estaduais de Saúde são responsáveis por coordenar e executar as políticas de saúde no plano de seus territórios, enquanto as Secretarias Municipais de Saúde gerenciam a atenção básica e coordenam os serviços de saúde em âmbito local (Ministério da Saúde, 2024).

A descentralização pretendida pela lei visa a garantir que as políticas de saúde sejam adaptadas às realidades regionais e locais, promovendo a equidade no acesso e na prestação dos serviços de saúde. Essa organização permite que cada nível de governo atue de maneira integrada e coordenada, assegurando a eficácia e eficiência do SUS (Ministério da Saúde, 2024).

O acesso aos serviços de saúde no SUS ocorre, inicialmente, pelas Unidades Básicas de Saúde (UBS), que são gerenciadas pelos municípios. As UBSs são a porta de entrada do sistema, oferecendo serviços de atenção primária que abrangem prevenção, promoção, diagnóstico e tratamento de doenças. Dependendo da complexidade do caso, os pacientes

podem ser referenciados para unidades de média ou alta complexidade, de acordo com planos elaborados e regulados pelas Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde.

Este modelo de atenção referenciada busca garantir que os usuários do SUS recebam atendimento adequado às suas necessidades de saúde em todas as etapas do cuidado, desde a prevenção até o tratamento de condições mais complexas. Quando, no entanto, os cidadãos enfrentam dificuldades para acessar os tratamentos de que necessitam ou têm negadas alternativas terapêuticas, esgotam-se as vias administrativas de efetivação do direito à saúde, levando muitos a buscar a judicialização como última alternativa.

Um dos principais desafios enfrentados pelo SUS é a desatualização da sua Tabela, que lista os tratamentos, medicamentos e procedimentos cobertos pelo sistema. A responsabilidade pela atualização desta tabela recai sobre o Ministério da Saúde, que deve incorporar avanços médicos e científicos nas políticas públicas de saúde. Essa atualização, todavia, não tem acompanhado o ritmo acelerado das inovações na área da saúde, resultando em um descompasso entre as necessidades dos pacientes e as opções terapêuticas disponíveis no SUS.

Este descompasso é particularmente evidente em relação aos medicamentos registrados pela Anvisa, mas não padronizados pelo SUS. A falta de atualização frequente e eficaz dos protocolos terapêuticos significa que muitos tratamentos modernos e eficazes não estão disponíveis para os usuários do SUS, criando uma lacuna significativa na assistência à saúde.

A desatualização dos protocolos terapêuticos e a ausência de determinados medicamentos na Tabela do SUS, têm sérias consequências para os indivíduos que necessitam de tratamentos não padronizados. Esses pacientes frequentemente enfrentam barreiras para obter os cuidados de saúde necessários, especialmente quando as Secretarias de Saúde estaduais e municipais não oferecem tais alternativas de tratamento. Este cenário agrava a vulnerabilidade dos cidadãos e compromete o princípio da integralidade do SUS.

Como resultado, muitos indivíduos recorrem ao sistema judicial para garantir o acesso aos medicamentos e tratamentos de que necessitam. A judicialização da saúde tornou-se uma prática comum, na qual os pacientes buscam ordens judiciais que obriguem o Estado a fornecer medicamentos e tratamentos não contemplados pelos protocolos do SUS. Embora a judicialização possa proporcionar soluções individuais, ela também evidencia falhas sistêmicas na política de saúde pública e coloca pressão adicional sobre o sistema judicial.

É em razão da adoção de protocolos terapêuticos não padronizados pelo SUS que emerge o desafio para os indivíduos e para a sociedade como um todo. Para superar esse problema, o Ministério da Saúde deveria adotar medidas mais dinâmicas e eficientes para a atualização dos protocolos terapêuticos, garantindo que os avanços na medicina sejam prontamente incorporados às políticas públicas de saúde, promovendo o fortalecimento da colaboração entre os âmbitos federal, estadual e municipal para assegurar que todas as esferas do governo cumpram suas responsabilidades na gestão da saúde pública.

Ainda nesta mesma linha, Copetti e Gimenez (2021, p. 139) trazem a seguinte reflexão: “Quanto à saúde pública, nota-se uma carência na resolução dos casos por parte do Executivo, principalmente em relação aos zelos protegidos pela CF/88 que ficam a serviço da população, estes acabam multiplicando as demandas judiciais impetradas.” Ou seja, já trata-se de algo basicamente consolidado que o Executivo deixou de ter braços para garantir o devido acesso à saúde para todos os cidadãos, passando tal dever, quase que na íntegra, ao Judiciário. A busca pela garantia do direito à saúde por meio de ações judiciais deixou de ser uma via opcional para ser uma das poucas formas de garantia efetiva de acesso à saúde.

Conforme lembram Porto, Diehl e Gros (2021), o acesso à justiça trata-se de um direito humano imprescindível, uma vez que é por meio dele que se pode buscar aquelas garantias que foram eivadas dos indivíduos. Ainda, os autores ressaltam que “o Judiciário, registra-se no caso brasileiro, também é ator importante, porquanto atento à condição de crise, chamado a dar uma resposta rápida e positiva”.

Ocorre que, quando se discute acerca da judicialização de ações voltadas para a garantia de acesso à saúde, trata-se eminentemente de ações patrocinadas pelas Defensorias Públicas Estaduais, uma vez que engloba o maior número de ajuizamentos deste tipo de demanda no Judiciário brasileiro, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

Segundo informações do CNJ (2024), a judicialização dos serviços de saúde estão cada vez mais intensificadas, motivo pelo qual vem sendo comum um diálogo mais aproximado de instituições como as Defensorias Estaduais com as Secretarias Municipais de Saúde, até mesmo para que algumas situações possam ser resolvidas no âmbito administrativo. Ainda, em outra pesquisa sobre os dados do CNJ, é possível verificar que as ações em que a parte autora é assistida pela Defensoria Pública se dão em maior número quando se trata de ação individual, ou seja, que atenda o seu problema específico, sendo reduzido o número de ações coletivas (CNJ, 2024).

Assim, é notório, no que diz respeito à saúde, o fato do aumento da judicialização. Houve um demasiado alargamento do número de processos em tramitação que buscam esse direito, de forma que o Judiciário tem feito o papel de administração pública nestes casos, determinando que o Executivo forneça o medicamento/tratamento e, assim, garanta o direito buscado, devidamente previsto na Constituição Federal.

A busca por um sistema de justiça que universalize o acesso, especialmente para que se possa suprir as necessidades dos cidadãos mais carentes, é urgente e necessário, conforme aponta Santos (2007). É neste contexto que instituições como a Defensoria Pública assumem importante papel, pois nada mais são do que o Estado, em sua forma *lato sensu*, disponibilizando mecanismos de acesso à justiça para os cidadãos.

A Defensoria Pública desempenha a função de garantidora do acesso à justiça e, por consequência, das garantias básicas ao indivíduo. Ademais, é indiscutível que a maior parcela das ações é justamente ajuizada pelas Defensorias Públicas Estaduais pelo fato de estarem presentes em quase todas as comarcas do Estado e possuir zero custos para essas pessoas que já estão em situação de fragilidade, sem condições de custear seu tratamento ou de um familiar, vendo na instituição sua chance de garantia de acesso a direitos sem prejudicar ainda mais a sua subsistência.

É neste cenário que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal acaba por prejudicar o acesso à justiça. Na sessão plenária, proferida em março do ano de 2015, foi deliberada a tese de repercussão geral que foi fixada como Tema 793 nos seguintes termos:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro (Brasil, 2024).

Tratava-se de um Recurso Extraordinário, interposto pela União, ante acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, quando foi reconhecido o dever do Recorrente – a União – em fornecer um medicamento à Recorrida, pessoa física. Irresignado, o Recorrente pugnou no recurso pela declaração de sua ilegitimidade passiva no feito, contudo manteve-se a decisão que determinou a responsabilidade solidária dos entes federados para atuarem em conjunto ou isoladamente nas demandas que versem sobre saúde. Destacou-se, na decisão, que “confere ao credor, que é o cidadão, o direito de exigir e de receber de um, de alguns ou de todos os devedores (os entes estatais, na espécie) a obrigação que lhes é comum”. A decisão aponta, ainda, que a descentralização dos serviços do Sistema Único de Saúde apenas

reforçou a obrigação solidária entre os entes da federação, uma vez que tal sistema é baseado no financiamento público e na cobertura universal de garantia à saúde (STF, 2024).

Da mesma forma, o Tema 1234 (STF), de repercussão geral, que torna obrigatória a presença da União no polo passivo das ações que versam sobre medicamentos registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), mas não padronizados no Sistema Único de Saúde (SUS), bem como a competência da Justiça Federal para o julgamento das referidas ações, obstaculizou o acesso pleno à justiça.

A decisão referida, após a sua edição, passou a ser adotada pelos Tribunais de Justiça Estaduais como precedente para que se incluísse nas demandas a União no polo passivo, e, assim, alterasse a competência para a Justiça Federal nos termos do artigo 109, inciso I, da Constituição Federal<sup>7</sup>. Ou seja, ao deliberarem acerca da competência solidária na área da saúde, concluiu-se pela inclusão da União e afastamento do Estado, e, conseqüentemente, a atuação das Defensorias Públicas Estaduais.

É neste aspecto que se denota o problema quanto ao acesso à justiça e a sua universalização e conseqüente democratização, pois as Defensorias Públicas Estaduais não possuem competência para ingressar com demandas na Justiça Federal, existindo, para tanto, as Defensorias Públicas da União, as quais, por seu turno, não se encontram em todas as comarcas, mas apenas em grandes centros. No Rio Grande do Sul, por exemplo, há apenas sete unidades, conforme informação levantada no próprio *site* da Defensoria Pública da União (DPU)<sup>8</sup>.

Depara-se, assim, não apenas com um bloqueio no acesso à justiça e garantia do direito à saúde, mas também com a morosidade sistêmica apontada por Santos (2007), na medida em que em o Tema 793 causou um excesso de burocratização e legalismo justamente para aqueles que mais precisam, barrando a chamada “justiça cidadã”, apontada pelo autor. Criou-se, dessa forma, uma barreira quanto à responsabilidade social.

Quanto ao acesso à justiça, é importante levantar o próprio relatório apresentado pelo Conselho Nacional de Justiça (2024), que apontou algumas variáveis que dificultam a sua concretude, tais como vulnerabilidades sociais, econômicas e políticas, que prejudicam o acesso a serviços públicos básicos e, conseqüentemente, o acesso ao Poder Judiciário. No Quadro a

---

<sup>7</sup> Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho (Brasil, 2024).

<sup>8</sup> Conforme dados da Defensoria Pública da União (DPU) disponíveis no endereço eletrônico do órgão (DPU, 2024).

seguir estão descritas algumas dessas variáveis apontadas pelo próprio CNJ no seu documento final.

Quadro 1 – Variáveis do CNJ no seu documento final

VARIÁVEIS FINAIS		
CIDADANIA	POPULAÇÃO	JUDICIÁRIO
Percentual de Analfabetismo das pessoas de 15 anos ou mais	Percentual de mulheres na população	Tempo médio de decisão
Percentual Nascidos Vivos de mães entre 10 e 19 anos	Coefficiente de Gini	Taxa de Magistrados na população
Défice de Altura para a Idade (DAI)	Percentual de pessoas com idade superior a 50 anos	Taxa de Varas na população
Défice de Peso para a Idade (DPI)	Taxa de Escolarização	Quantidade de Casos Novos do 1º grau por 100 mil habitantes
Percentual de moradores em domicílios com água canalizada	Percentual de pessoas na população que se autodeclararam não brancas	

Fonte: CNJ (2024).

Ademais, não bastasse a questão da própria dificuldade do acesso à justiça, a decisão deixou dúvidas entre os operadores de direito, uma vez que alguns entendem que pode haver uma escolha quando se ajuíza a ação e que a decisão proferida deixou essa brecha. Nem todos os julgadores, contudo, pensam desta forma, precisando as pessoas recorrerem das decisões e voltar para a questão da morosidade sistêmica no processo e, assim, na busca de seus direitos, afastando o indivíduo de sua garantia à saúde e exercício pleno de suas capacidades.

O acesso a medicamentos é um direito fundamental previsto na Constituição Federal do Brasil. A efetivação desse direito, entretanto, enfrenta desafios significativos, especialmente quando se trata de medicamentos registrados na Anvisa, mas não padronizados pelo Sistema Único de Saúde. O Tema 1234, julgado pelo STF, estabelece a legitimidade passiva da União em demandas que versam sobre o fornecimento de tais medicamentos, deslocando a competência para a Justiça Federal. A aplicação prática deste tema, no entanto, tem gerado insegurança jurídica e obstáculos para os cidadãos que necessitam de tratamentos urgentes.

A insegurança jurídica emerge quando diferentes juízos interpretam de forma variada a aplicação do Tema 1234. Alguns juízes, visando o melhor resultado processual para os interessados, permitem que as ações continuem tramitando na Justiça Estadual. Essa prática não é uniforme, e as justificativas para manter essas ações variam, aumentando a incerteza para os demandantes. Além disso, Estados e municípios frequentemente questionam a competência da Justiça Estadual e convocam a União a integrar o litígio, resultando em um volume significativo de processos que acabam na Justiça Federal. Esse cenário afasta a assistência da Defensoria

Pública do Estado, que desempenha um papel crucial no apoio jurídico às populações vulneráveis.

A intenção declarada do Tema 1234 do STF é incentivar a União, por intermédio do Ministério da Saúde, a atualizar mais frequentemente e de forma eficaz as alternativas terapêuticas nos protocolos do SUS. Esse alinhamento teórico busca melhorar a saúde pública ao garantir que medicamentos eficazes e necessários estejam disponíveis na rede pública de saúde.

Na prática, entretanto, o impacto do Tema 1234 tem sido predominantemente negativo para os cidadãos. A tramitação das ações na Justiça Federal, ao invés da Justiça Estadual, cria barreiras adicionais para os requerentes, que frequentemente já se encontram em situações de vulnerabilidade social e econômica. A indisposição das DPEs em atuar na Justiça Federal agrava ainda mais essa situação, deixando muitas pessoas sem o suporte jurídico necessário para garantir seu direito à saúde.

O deslocamento das ações para a Justiça Federal resulta em maior burocracia e atrasos processuais, dificultando o acesso imediato a tratamentos urgentes. Para pacientes que necessitam de medicamentos não padronizados e enfrentam condições de saúde críticas, esses atrasos podem ter consequências graves e irreversíveis. Além disso, a distância geográfica e a complexidade dos procedimentos na Justiça Federal podem ser desanimadoras para cidadãos de áreas mais remotas ou com menores recursos.

A instituição do Tema 1234, embora bem-intencionada, revela uma desconexão entre a teoria jurídica e a realidade prática dos cidadãos brasileiros. A obrigatoriedade da União como parte legítima nas ações sobre medicamentos não padronizados pelo SUS, visa a uma melhoria estrutural nos protocolos de saúde, mas acaba por criar uma barreira significativa para o acesso rápido e eficiente aos medicamentos necessários.

Para resolver essa questão é essencial que haja um diálogo mais profundo entre as esferas judiciais e administrativas, objetivando a harmonizar a aplicação do Tema 1234 com a realidade das necessidades urgentes dos cidadãos. A DPE deve ser incentivada e capacitada a atuar de forma mais abrangente na Justiça Federal, e os procedimentos devem ser simplificados para reduzir a burocracia e os atrasos. Além disso, a atualização dos protocolos do SUS deve ser realizada de forma mais dinâmica e inclusiva, considerando as necessidades emergentes da população.

A resolução da insegurança jurídica e a melhoria do acesso aos medicamentos não padronizados dependem de uma abordagem multidisciplinar e colaborativa, que coloca os

direitos e a saúde dos cidadãos em primeiro plano. Somente assim será possível garantir que todos tenham acesso efetivo aos cuidados de saúde necessários, aproximando o indivíduo de sua garantia à saúde e exercício pleno de suas capacidades, temática a ser abordada na sequência.

### **3. A PRIVAÇÃO DO EXERCÍCIO PLENO DAS CAPACIDADES (*CAPABILITIES APPROACH*)**

A origem da palavra cuidado, do latim *coera* (cura), tem vínculo com relações de amizade e amorosas no sentido de expressar preocupação, ou seja, uma atitude de cuidado com a pessoa amada ou um objeto de estimação. Também há estudos no sentido de que a palavra cuidado pode ter origem em *cogitare-cogitatus*, mostrar interesse, revelar uma preocupação, de forma que cuidar se trata de um modo de ser, sendo a base da relação com as coisas e as pessoas (Zoboli, 2004).

Ao referir-se a tal conceito, a autora aborda a fábula-mito greco-latina do cuidado para exemplificar sua importância na vida do ser humano, posto que, no homem, o cuidado deve ser o centro. Neste mesmo contexto, considerando a análise realizada pelo filósofo Soren Kierkegaard, Zoboli (2004) distingue o desinteresse da consciência do ser humano em relação ao cuidado, de modo que o desinteresse é aquele que reside na comparação de uma coisa com outra, enquanto a consciência preocupa-se com aquelas pessoas que conhece e nas consequências da relação.

Assim, a ética começa com o indivíduo, que, sendo obrigado a agir, toma sobre si o interesse e a preocupação decorrentes da responsabilidade com ele próprio. Sem o cuidado ou a preocupação, a ação não seria possível, pois estes elementos constituem o ímpeto para a ação moral resoluta do indivíduo capaz de refletir e agir com propósito (Reich *apud* Zoboli, 2004, p. 23).

A ética do cuidado também foi analisada pela filósofa norte-americana Martha Nussbaum (2013) na sua abordagem das capacidades (*capabilities approach*). A autora traz elementos de como se pode ter uma vida digna em sociedade levando em consideração relações humanas que ultrapassam as questões de cunho financeiro e de propriedade privada. Ainda, ressalta que é possível que duas pessoas ocupem o mesmo nível econômico e, conseqüentemente, tenham os mesmos acessos, todavia não é inerente que elas ocupem o mesmo lugar quando o assunto se trata de assistência.

A abordagem em questão vem elencada na sua lista de capacidades<sup>9</sup> – vida, saúde física, integridade corporal, sentidos, imaginação e pensamento, emoções, razões práticas, afiliação, relação com as outras espécies, acesso ao lazer e controle do ambiente, da política e do material –, as quais, segundo a autora, tratam-se de itens essenciais para a garantia das necessidades humanas fundamentais, podendo ser alcançadas por meio de políticas públicas e de uma sociedade justa, de forma a garantir os direitos humanos (Nussbaum, 2013).

Neste mesmo aspecto, faz-se importante a análise de Zoboli (2004), para a qual o “cuidado angústia” retrata uma luta pela sobrevivência, enquanto o “cuidado solicitude” significa interessar-se pela Terra e pela humanidade, concluindo que ambas são necessárias para impulsionar a luta pela própria subsistência com meios dignos. Seguindo nesta linha, a autora salienta que os seres humanos experimentam um mal-estar geral, de forma que o cuidado funciona como uma espécie de antídoto, na medida em que se trata de uma identificação com a dor ou felicidade de alguém, transcendendo seus pensamentos individuais para uma preocupação de bem-estar coletivo.

Zoboli (2004) também se refere ao cuidado como uma relação dualista, quando se cuida do outro – podendo ser pessoa, ideia ou ideal – para ajudá-lo a crescer numa relação mútua. Assim, os valores morais fazem parte do próprio processo de crescimento e criação de caráter, tornando-se um ser humano capaz de crescer com valores e ideais autodeterminados pelo cuidado recebido na sua formação.

O cuidado é algo intrínseco ao ser humano, algo que vem da sua memória, sendo natural esse desejo de querer cuidar do outro. Há, assim, um sentimento de querer fazer algo pelo outro e não o simples questionamento se algo deve ser feito; trata-se do sentimento de querer ser bom e permanecer com essa relação de cuidado perante o outro. Tal sentimento de cuidado e de fraternidade deve vir, ainda, refletido na oferta de políticas públicas e ações que facilitem o acesso à saúde e à justiça, na visão de Zoboli (2004).

Tais reflexões vão ao encontro daquilo que permeia a ética do cuidado de Nussbaum (2013), a qual traduz-se no exercício pleno da lista de capacidades anteriormente apontadas, e

---

<sup>9</sup> Como descrevem Zeifert e Sturza (2024), “a lista de capacidades formulada por Nussbaum, com o objetivo de definir o mínimo que uma sociedade deve garantir aos seus cidadãos de maneira a realizar a justiça, é outra divergência no pensamento dos autores, uma vez que Sen resiste enquanto Nussbaum acredita ser a lista um meio de tornar o enfoque da filosofia mais prático, sem a pretensão de ser uma análise completa da justiça social. Ao elaborar sua lista de capacidades, que pode ser adotada por qualquer Estado, a autora norte-americana tem como objetivo garantir o mínimo de dignidade humana a todos os indivíduos, visão cosmopolita de pessoa reforçada em toda sua teoria.”

manifesta-se em uma vida digna, permeada pelo mínimo de direitos e garantias. Conforme destacam Zeifert, Paplowski e Agnoletto (2024), para Nussbaum,

Assim, considerando o teorizado anteriormente, “[...] há o problema urgente de ampliar a justiça para todos [...] concretizar um mundo que seja justo por completo, no qual acasos de nascimento e de origem nacional não deformem profundamente, desde o início a vida das pessoas” (Nussbaum, 2013, p. 2-3). O ser humano deve ter pleno acesso a tudo, independente das condições em que nasce, pois é o exercício de suas capacidades que o torna um indivíduo dentro de uma sociedade.

A partir deste enfoque, é possível observar que há um descaso quanto à busca por uma maior igualdade para todos nas mais diversas esferas da vida, mas, em especial, quando falamos sobre o direito de acesso à saúde – que se encontra amplamente vinculado ao direito à própria vida. O enfoque das capacidades “é uma explicação do mínimo de garantias sociais centrais e é compatível com diferentes visões sobre como lidar com questões de justiça e distribuição que surgiram uma vez que todos os cidadãos estivessem acima do nível mínimo” (Nussbaum, 2013, p. 91).

Nesse mesmo viés, porém sem apresentar uma lista de capacidades possíveis, Amartya Sen (2020) entende que a vida de cada cidadão deve estar em consonância com tudo aquilo que o permeia, ou seja, suas capacidades, diversidades sociais, políticas, econômicas e culturais, pois isso vai construir sua própria definição como indivíduo, e sua liberdade de escolha dependerá desta dualidade: capacidade e contexto.

Na abordagem das capacidades, de Sen (2011), o elemento liberdade está relacionado diretamente com a questão da justiça social, por isso faz-se necessário analisar todos os contextos, pois resta evidente que certas liberdades dependem de vários fatores para existirem de maneira satisfatória, proporcionando uma vida digna de ser vivida.

Ter mais liberdade para realizar as atividades que são desejadas é basilar para a formação da liberdade individual da pessoa e, importante também, porque auxilia ao indivíduo a obter resultados mais vantajosos. Esses dois são importantes para o estudo da liberdade dos indivíduos da sociedade e, por isso, necessários para a expansão do desenvolvimento da sociedade. (Souto, 2024, p. 4)

Sen (2011) utiliza como parâmetro a liberdade de poder evitar a morte prematura, que seria, em grande medida, possível por meio de uma renda mais alta. Ele também entende que tantos outros fatores, como a organização social, a saúde pública, a garantia de assistência médica, a escolarização e a educação, a coesão social, entre outros, poderiam impactar de forma positiva na justiça social de uma Estado.

A liberdade, assim, diz respeito à importância de compreender a necessidade de um indivíduo possuir liberdade para escolher um estilo dentro dos diferentes modos de vida. Isso refere-se à capacidade que uma pessoa possui para escolher a vida que deseja levar; capacidade possível por meio da liberdade de escolha. Esses apontamentos são importantes para se pensar no tipo de vida que um ser humano pode levar com dignidade, pois a possibilidade de realizar escolhas para a própria vida é uma questão de dignidade (Sen, 2011).

A questão da liberdade em si é algo muito caro para o pensamento de Sen (2011). Na sua teoria ele aponta duas perspectivas que fazem da liberdade algo fundamental quando se pensa na extensão da justiça social e sobre o seu impacto nos indivíduos. Em um primeiro momento, o autor entende que a oportunidade de buscar os objetivos e os fins que cada indivíduo deseja alcançar demonstra o grau de liberdade que cada sociedade mantém. Já a segunda perspectiva remete ao próprio processo de escolha dos objetivos e fins. Ao unificar-se essas perspectivas ocorre a composição da liberdade como capacidade de um indivíduo decidir, por si próprio, seus objetivos.

Nesse panorama da abordagem das capacidades, de Sen (2011), o foco é a liberdade que possui, realmente, uma pessoa para fazer as coisas que tem razão para valorizar. Deste modo, percebe-se que existe uma desigualdade quanto às capacidades, pois há indivíduos com maior ou menor vantagem ou oportunidade real para realizar as coisas que valoriza. A partir dessas questões é possível compreender, por meio da ideia de liberdade, capacidade e justiça, que a parte fundamental da liberdade consiste na capacidade do próprio indivíduo escolher aquilo que mais valoriza, aquilo que deseja para si e para sua vida. A capacidade está ligada, portanto, à liberdade mediante seu aspecto de oportunidade abrangente, ou seja, a capacidade e o potencial de o indivíduo realizar várias combinações de funcionamentos que tenham razão para serem valorizadas (Agnolotto; Zeifert, 2024).

Todo o ser humano, sem qualquer distinção, tem dignidade, bem como têm direitos que a sociedade deve garantir para que o exercício desta dignidade seja pleno. Ou seja, não se faz crível que em um Estado Democrático de Direito o indivíduo seja privado do exercício de suas capacidades e, conseqüentemente, de liberdade, em razão de um excesso de burocratização desencadeado pelo próprio Judiciário (Cortina, 2020).

Assim, a teoria das capacidades, conforme Nussbaum (2013) menciona, é uma forma de abordagem dos direitos humanos, pois tem uma visão universal de que todos os seres humanos devem ser tratados como um fim, tendo acesso às condições que garantam dignidade para a sua existência.

As capacidades são, então, apresentadas como a fonte de princípios políticos para uma sociedade liberal pluralística; elas são colocadas no contexto de um tipo de liberalismo político que as torna objetivos especificamente políticos e as apresenta livres de qualquer fundamentação metafísica específica. Apresentadas e recomendadas dessa maneira, as capacidades, argumento, podem se tornar objeto de consenso sobreposto entre pessoas que de resto possuem concepções amplas de bem muito diferentes entre si (Nussbaum, 2013, p. 85).

A sociedade atual, no entanto, tem muito o que caminhar para entender e instituir os direitos humanos, posto que a própria condição de ser humano é desgastada e colocada em dúvida dia após dia. A saúde, direito social necessário para a manutenção da própria vida, é um bem de todos, um direito humano básico por sua essência e está constantemente sendo colocada em um segundo plano (Sturza; Martini, 2020).

O direito à saúde possui uma fundamentalidade formal que parte de um direito positivo e material, pois seu pressuposto é a manutenção e o gozo da vida saudável e com dignidade, decorrente de privilégios outorgados pela Constituição Federal de 1988. A saúde, importa destacar, também se trata de um dever fundamental a ser garantido por meio de políticas públicas de acesso ao sistema (Sarlet; Figueiredo, 2011).

Serviços públicos, entendidos como complexos de contínuas decisões organizadas em favor de algum destinatário, seja indivíduo ou grupo. Muito embora o serviço público possa ser acompanhado da entrega de algum bem, com ou sem transferência de propriedade, o núcleo do serviço público é efetivamente o complexo de decisões materiais em relação ao destinatário. O serviço público é um dos principais instrumentos da política pública – uma vez que a política pública tem como objetivo a realização de um direito fundamental, e, assim, é certo que decisões organizadas em favor de um usuário irão preencher a maior parte do referido objetivo. Ressalta-se que os serviços públicos se configuram em complexos contínuos de decisões. Os serviços públicos não se realizam de uma vez por todas. Obviamente, os serviços públicos podem mudar, mas eles se caracterizam por uma certa estabilidade, continuidade e repetição (Bitencourt; Reck, 2021 p. 37-38).

Muito embora a Constituição Federal não tenha propriamente indicado a abrangência da garantia do direito à saúde, tal leitura deve ser feita alinhada com as orientações da Organização Mundial da Saúde (OMS), que prevê que o direito à saúde deve ir além do caráter curativo, pois deve abranger, inclusive, dimensões preventivas. Ou seja, o direito à saúde deve ser visto como direito à proteção e à promoção da saúde, de forma universal e sem discriminações (Sarlet; Figueiredo, 2011).

Ainda como destacam Sturza e Martini (2020), há uma necessidade de realização de um pacto pela vida, que vise não apenas o direito à saúde, mas o devido acesso ao sistema, sem que precise de uma pré-análise de renda ou escolaridade daquele que necessita do acesso. Ou, como no caso em comento, que tenha o indivíduo de aguardar sobre a decisão acerca de quem deverá figurar no polo passivo de uma demanda que já se trata da sua *última ratio*.

Pensando, no entanto, nas sociedades contemporâneas, principalmente no Estado brasileiro, o senso de desigualdade acaba por ruir a própria coesão social na medida em que dificulta a obtenção de acesso aos seus direitos e serviços. Analisado sob a égide da prestação de serviços de saúde, é possível perceber que há um excesso de burocratização e dificuldades quando o assunto é o acesso à justiça e à garantia da saúde para todos os cidadãos.

#### **4. CONCLUSÃO**

Os direitos humanos englobam o exercício de direitos fundamentais, dentre eles o direito à saúde. O presente estudo analisou como o direito à saúde vem sendo cada vez mais impossibilitado de garantia pelos Poderes Públicos, e aqui um especial destaque ao Poder Executivo. Tal fato impulsionou e impactou o crescimento de demandas que tratam sobre a saúde, transferindo, assim, para o Judiciário, o poder de decidir sobre o acesso à saúde dos indivíduos.

A partir da temática da judicialização da saúde, diversos assuntos foram levantados para que o Judiciário se pronunciasse, entre eles aquele que surgiu por meio de um Recurso Extraordinário que deu origem ao Tema 793 do Supremo Tribunal Federal. Da mesma forma, a edição do Tema 1234, pela referida corte, determinou a obrigatória presença da União no polo passivo das ações que versam sobre medicamentos registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), mas não padronizados no Sistema Único de Saúde (SUS), definindo a competência da Justiça Federal.

Conforme apontado no presente artigo, todavia, a referida decisão eivou os indivíduos de seu pleno acesso à justiça, especialmente quando se trata da parcela mais hipossuficiente da população, uma vez que, ao atribuir a competência federal aos processos que versam sobre saúde, retirou a assistência das Defensorias Públicas Estaduais para estes casos, as quais são encontradas em todas as comarcas, passando para as Defensorias Públicas da União, que detêm capacidade postulatória na Justiça Federal, porém são localizadas em grandes centros e de difícil acesso àqueles que não residem nas proximidades.

Nessa ocasião, foi possível concluir que a edição dos referidos Temas pelo Supremo Tribunal Federal viola o exercício das garantias fundamentais, bem como das plenas capacidades, o que se trata de algo primordial para que o indivíduo plenamente se reconheça como cidadão em uma sociedade.

A garantia de acesso à saúde faz-se necessária, pois vincula-se ao próprio direito à vida, e esta restou obstaculizada diante de uma burocratização desarrazoada, especialmente quando se leva em consideração que a própria decisão que originou o Tema 793 aponta para uma possibilidade de responsabilidade subsidiária, em que seria o autor da demanda quem escolheria a competência e contra quem ingressaria a ação.

Ademais, há um aumento vertiginoso de demandas de saúde no Judiciário diante da insuficiência de braços e recursos por parte do Poder Executivo; ações estas que, em sua grande maioria, são patrocinadas pela Defensoria Pública Estadual, a qual faz-se presente em todas as comarcas.

A edição do Tema 793, pelo Supremo Tribunal Federal, embora tenha se preocupado com a responsabilização da União nas demandas que discutem sobre saúde, deixou de analisar quanto ao acesso, pois privou o ajuizamento de demandas por Defensorias Públicas Estaduais, passando a competência única e exclusivamente para Defensorias Públicas da União, restringindo, assim, rigorosamente, o acesso especialmente daqueles que mais precisam, da mesma forma que o Tema 1234.

Há, assim, inúmeras lacunas para o acesso à justiça e à garantia do direito à saúde, e, ainda, uma visível morosidade. Não se está apontando aqui que antes da decisão do STF tinha-se uma certeza de acesso, contudo não se pode negar que, havendo a necessidade da incorporação da União no polo passivo, haverá uma igual dificuldade das pessoas, o que, por consequência, viola o próprio pacto democrático de acessos igualitários, que, por conseguinte, impede o pleno exercício das capacidades dos indivíduos.

Por fim, tendo como referência o questionamento levantado inicialmente no estudo sobre em que medida a edição dos Temas 793 e 1234, do STF, estariam em desacordo com a abordagem das capacidades, resta confirmada a hipótese sustentada de que, uma vez que o acesso à justiça dos indivíduos hipossuficientes se dá por meio das Defensorias Públicas Estaduais e, com esse entendimento, haveria a necessidade do ingresso das ações que pautam a temática se dar pelas Defensorias Públicas da União, as quais possuem números muito inferiores de unidades e encontram-se localizadas em grandes centros, afastadas das pequenas cidades, os cidadãos estariam sendo privados do exercício pleno das capacidades.

Concluindo, a resposta apresentada inicialmente está totalmente confirmada, ou seja, no presente estudo a forma como a decisão foi apresentada – Temas 793 e 1234 do STF – viola o exercício pleno de capacidades, pois dificulta o acesso daqueles que já se encontram em

situações de risco – nas suas mais diversas formas –, e reafirma um sistema burocrático não garantidor de direitos, afastando o indivíduo de seus direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

AGNOLETTO, Vitória; ZEIFERT, Anna Paula Bagetti. **Desigualdade social à luz das teorias da justiça**. Disponível em: <https://derechopenalonline.com/desigualdade-social-a-luz-das-teorias-da-justica/>. Acesso em: 20 maio 2024.

ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiências**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuario Ibero-Americano de Justicia Constitucional**, n. 13, p. 17-32, 2009.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. **O Brasil em crise e a resposta das políticas públicas: diagnósticos, diretrizes e propostas**. Curitiba: Íthala, 2021. p. 37-38.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 18 maio 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988b. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 27 maio 2024.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 19 set. 1990. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18080.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm). Acesso em: 27 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário 8.55178/SE**. [...] Responsabilidade Solidária dos Entes Federados. Repercussão Geral Reconhecida. Reafirmação de Jurisprudência. [...]. Recorrente: União. Recorrido: Maria Augusta da Cruz Santos. Relator: Luiz Fux, 5 de março 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8015671>. Acesso em: 17 maio 2024.

CORTINA, Adela. **Aporofobia, a aversão ao pobre: um desafio para democracia**. São Paulo: Contracorrente, 2020.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Índice de acesso à justiça**. Brasília: CNJ, 2021. 55 p. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/02/Relatorio\\_Indice-de-Acesso-a-Justica\\_LIODS\\_22-2-2021.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/02/Relatorio_Indice-de-Acesso-a-Justica_LIODS_22-2-2021.pdf). Acesso em: 30 abr. 2024.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Demandas Judiciais relativas à saúde crescem 130% em dez anos**. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/demandas-judiciais-relativas-a-saude-crescem-130-em-dez-anos/>. Acesso em: 19 maio 2024.

COPETTI, Maria Eduarda Granel; GIMENEZ, Charlise P. Mediação sanitária como possibilidade à desjudicialização do direito constitucional à saúde. *In*: STURZA, Janaína Machado; PORTO, Rosane Teresinha Carvalho. **Políticas públicas de acesso à justiça e direitos humanos em tempos de COVID-19** [recurso eletrônico]. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2021.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **Acesso à informação**. Unidades. Disponível em: <https://www.dpu.def.br/endereco-rio-grande-do-sul>. Acesso em: 19 dez. 2021.

DIA NACIONAL DA SAÚDE. **Biblioteca Virtual em Saúde**. Ministério da Saúde. Disponível em: <https://bvsmis.saude.gov.br/05-8-dia-nacional-da-saude/>. Acesso em: 18 maio 2024.

MINISTÉRIO da Saúde. **Sistema Único de Saúde**. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/s/sus>. Acesso em: 27 maio 2024.

NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

PORTO, Rosane Teresinha Carvalho; DIEHL, Rodrigo Cristiano; GROS, Nicoli Francieli. impactos da pandemia causada pela Covid-19 nas formas de acesso à justiça e na solução de conflitos na justiça do trabalho diante dos paradigmas restaurativo e fraternal. *In*: STURZA, Janaína Machado; PORTO, Rosane Teresinha Carvalho. **Políticas públicas de acesso à justiça e direitos humanos em tempos de COVID-19** [recurso eletrônico]. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2021. p. 23-36.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. O Direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil. *In*: PEREIRA, Hélio do Valle; ENZWEILER, Romano José (org.). **Curso de Direito Médico**. São Paulo: Conceito, 2011.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. Edição Kindle.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

SOUTO, Ana Flávia Lins. A influência da internet no desenvolvimento da liberdade política com base na liberdade de expressão. *In*: **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. V.21 N.42. 2019. Disponível em: <https://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/15541>. Acesso em: 7 set. 2024.

STURZA, Janaína Machado; MARTINI, Sandra Regina. As fragilidades do direito humano à saúde em tempos de sociedade cosmopolita: os paradoxos desvelados pela fraternidade. *In*: STURZA, Janaína Machado; NIELSSON, Joice Graciele; WERMUTH, Maiquel Ângelo

Dezordi. **Biopolítica e direitos humanos: entre desigualdades e resistências**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020.

ZEIFERT, Anna Paula Bagetti; AGNOLETTO, Vitória. A pobreza em perspectiva: obstáculos na garantia e efetivação dos direitos humanos. **Interfaces Científicas – Direito**, [S. l.], v. 9, n. 2, p. 333-351, 2023. DOI: 10.17564/2316-381X.2023v9n2p333-351. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/direito/article/view/11773>. Acesso em: 27 maio 2024.

ZEIFERT, Anna Paula Bagetti; STURZA, Janaína Machado. As políticas públicas e a promoção da dignidade: uma abordagem norteada pelas capacidades (capabilities approach) propostas por Martha Nussbaum. In: **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 9, n. 1, p. 114-126, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5894/pdf>. Acesso em: 15 maio 2024.

ZEIFERT, Anna Paula Bagetti; PAPLOWSKI, Schirley K.; AGNOLETTO, Vitória. A Abordagem das Capacidades em Amartya Sen e Martha Nussbaum: Políticas Públicas e Vida Digna. In: ZAMBAN, Neuro José; KUJAWA, Henrique Aniceto. (Org.). **II Seminário Sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen**. Impactos da Teoria de Sen na Pesquisa Científica e Social. Erechim: Deviant, 2018, v. II, p. 15-31. Disponível em: [https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=o-Z\\_DwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA15&ots=PEbPJiGjTL&sig=hX--sWdz3hCoWFb-t2Ea-6op6VY#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=o-Z_DwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA15&ots=PEbPJiGjTL&sig=hX--sWdz3hCoWFb-t2Ea-6op6VY#v=onepage&q&f=false). Acesso em: 17 maio 2024.

ZOBOLI, Elma Lourdes Campos Pavone. A redescoberta da ética do cuidado: o foco e a ênfase nas relações. **Revista da Escola de Enfermagem da USP**, São Paulo, v. 38, n. 1, p. 21-27, 2004.

## O MÉRITO EM SOCIEDADES PLURAIS: A PERSPECTIVA COMUNITARISTA DE SANDEL E WALZER

*MERIT IN PLURAL SOCIETIES: THE COMMUNITY PERSPECTIVE BY SANDEL AND WALZER*

Marcio Renan Hamel<sup>1</sup>  
*Universidade de Passo Fundo (UPF)*

### **Resumo:**

A presente pesquisa aborda a ideia de mérito nas teses comunitaristas de Michael Sandel e Michael Walzer. Para alcançar esse objetivo, o texto inicia com uma reflexão sobre a filosofia de Aristóteles, com ênfase em seu desenvolvimento da justiça distributiva e na função do mérito como contribuição à comunidade política. Em seguida, são analisadas as perspectivas comunitárias de Sandel e Walzer, relacionando a ideia do mérito em ambas as teses. Na sequência, a investigação apresenta duas pesquisas recentes realizadas no Brasil sobre a manutenção e o crescimento da desigualdade social, permitindo uma análise da possibilidade de uma ética meritocrática na sociedade brasileira. Por fim, de forma geral, a conclusão indica que não é viável adotar uma ética meritocrática no Brasil, devido à grande desigualdade estrutural presente na sociedade. Embora o mérito não deva ser desconsiderado, conforme sustenta Sandel, é necessário resgatar os aspectos defendidos por ele, como maior educação moral e dignidade no trabalho. Isso possibilitaria a formação de uma consciência sobre o bem comum e promoveria a igualdade de condições, em vez de apenas resultados.

### **Palavras-chave:**

Bem Comum. Comunitarismo. Educação Moral. Justiça Distributiva. Mérito.

### **Abstract:**

This research addresses the idea of merit in the communitarian theses of Michael Sandel and Michael Walzer. To achieve this objective, the text begins with a reflection on Aristotle's philosophy, with an emphasis on his development of distributive justice and the function of merit as a contribution to the political community. Next, the communitarian perspectives of Sandel and Walzer are analyzed, relating the idea of merit in both theses. In sequence, the investigation presents two recent studies carried out in Brazil on the maintenance and growth of social inequality, allowing an analysis of the possibility of meritocratic ethics in Brazilian society. Finally, in general, the conclusion indicates that it is not viable to adopt a meritocratic ethics in Brazil, due to the great structural inequality present in society. Although merit should not be disregarded, as Sandel maintains, it is necessary to rescue the aspects he defends, such as greater moral education and dignity at work. This would enable the formation of an awareness of the common good and promote equality of conditions, rather than just results.

### **Keywords:**

Common Good. Communitarianism. Moral Education. Distributive Justice. Merit.

## 1. INTRODUÇÃO

O comunitarismo, enquanto linha filosófica, é marcado em todas as suas versões pela constante revisita à filosofia de Aristóteles. Os pensadores comunitaristas formulam críticas profundas ao liberalismo e ao liberalismo igualitário, tendo como principais opositores John Rawls, Ronald Dworkin e, por vezes, Robert Nozick. Na esteira comunitarista, Michael Sandel

---

<sup>1</sup> Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFF; Pós-Doutorado em Direito pela URI; Mestre em Filosofia pela UFFS; Mestre em Desenvolvimento pela UNIJUÍ; Graduado em Direito e Filosofia pela UPF; Professor da Graduação em Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UPF. E-mail: marcio@upf.br.

se posiciona entre teses socialistas e republicanas, com uma profunda influência da filosofia aristotélica. Em contraste, Michael Walzer apresenta um comunitarismo cuja tese central está na redistribuição de bens, fundamentada em uma teoria da justiça distributiva que analisa a relação entre os bens sociais e suas esferas de localização. Walzer encontra seus fundamentos no projeto iluminista e se aproxima de uma perspectiva mais liberal, enquanto Sandel segue um caminho distinto.

Há de se considerar, ainda, outros representantes do comunitarismo, além de Sandel e Walzer, como Alasdair MacIntyre, Charles Taylor, Frank Michelman, Seyla Benhabib e Iris Young, por exemplo. Portanto, há muitos representantes comunitaristas e vários temas passíveis de discussão dentro dessa perspectiva. Um tema possível é a crítica que os comunitaristas fazem ao liberalismo igualitário, o que, certamente, oferece uma base para trabalhos bastante amplos. Neste estudo, opta-se por um recorte temático específico, focando no mérito em sociedades plurais a partir das teorias comunitaristas de Sandel e Walzer.

Para apresentar a proposta, o texto está dividido em três seções. A primeira seção aborda a ética aristotélica e o conceito de mérito presente na filosofia de Aristóteles, bem como sua tese acerca da justiça distributiva. Na segunda seção, realiza-se uma incursão nas filosofias comunitaristas de Sandel e Walzer, investigando, de forma central, a ideia de mérito em cada perspectiva e sua possível inserção nas sociedades atuais. Por sua vez, a terceira seção apresenta duas pesquisas recentes acerca da desigualdade social no Brasil, possibilitando, então, com base nas teses comunitaristas estudadas, refletir sobre a viabilidade de uma ética meritocrática na sociedade brasileira. Por último, ao concluir, indica-se que tal viabilidade é limitada, considerando que, no Brasil, ainda remediamos a desigualdade com políticas públicas estéreis, buscando a igualdade de resultados em vez da igualdade de condições.

Quanto à metodologia adotada na presente investigação, o procedimento se caracteriza pelos momentos de análise e esclarecimento de conceitos; identificação da ideia-chave; identificação de teses e argumentos. Além disso, envolve a tentativa de resumir e reconstruir o texto de forma pessoal. O método de abordagem é o hermenêutico-fenomenológico, com foco na compreensão como categoria epistemológica fundamental e na interpretação dos fatos como meta.

## **2. A ÉTICA ARISTOTÉLICA E O CONTEXTO COMUNITARISTA**

No contexto da Grécia arcaica, a relação entre *timé* e *axia* era o fundamento das estruturas sociais e ocupava um lugar central na constituição de um pré-direito. *Timé* significava atribuir uma recompensa a alguém segundo o seu mérito (*axia*), sendo a *axia*, a recompensa, o signo exterior da estima pública, ou seja, era a recompensa conforme o mérito. Nesse sentido, o *meson*, que representa a semelhança e a centralidade presentes nas instituições e nos comportamentos de guerreiros, evoluirá no futuro da sociedade grega para a *polis* (cidade), enquanto ideal de *isonomia*. O *meson*, então, tem função fundamental na discussão sobre o problema do mérito como critério para a reciprocidade proporcional na filosofia de Aristóteles, sendo a *mesotes* aristotélica o meio entre dois extremos (Tabosa, 2016, p. 208-209).

Para Aristóteles (2015), o exercício das virtudes humanas, as quais o filósofo grego considera potências inatas que devem ser desenvolvidas ao longo da vida, é um meio para alcançar o bem para o homem. O que constitui o bem para o homem é uma vida completa, isto é, uma vida humana bem vivida, na qual o exercício das virtudes é uma parte necessária e fundamental. Nesse contexto, o homem é, por natureza, um animal político que deve viver em sociedade. Aristóteles (2015, p. 12) argumenta que aquele que, por instinto e não por inibição de qualquer circunstância, deixa de participar de uma cidade é um ser vil.

Em relação à distribuição de cargos, honrarias, bem como nas relações de troca dentro da comunidade, o justo, conforme Aristóteles, envolve ao menos quatro termos: dois são as pessoas para as quais algo é de fato justo e dois são as coisas em que o justo se manifesta: os objetos distribuídos. Por isso, “se não forem iguais, não irão receber coisas iguais, e isso é origem de disputas e reclamações: ou quando os iguais têm e recebem partes desiguais, ou quando os desiguais recebem partes iguais” (Aristóteles, 2021, p. 110).

No livro V da *Ética a Nicômaco*, Aristóteles (2021) expressa sua preocupação com a injustiça no sentido particular, desenvolvendo duas ideias de justiça particular: a justiça corretiva e a justiça distributiva. O justo distributivo envolve, ao menos, quatro termos, sendo que a razão entre dois deles deve ser a mesma entre os outros dois, havendo um significado semelhante entre as pessoas e as coisas. Assim como o termo A está para B, o termo C está para D; alternando, assim como A está para C, B está para D. A conjunção do termo A com o C e do B com o D é o justo distributivo, em que a justiça está na proporção, isto é, o justo é o proporcional. Os matemáticos chamam de proporção geométrica, pois o todo está para o todo, assim como cada parte está para a parte correspondente. A justiça distributiva não se caracteriza por uma proporção contínua, visto que não é possível determinar um único termo que represente

tanto uma pessoa quanto uma coisa. Assim, enquanto o justo é definido pela proporcionalidade, o injusto é aquilo que viola essa proporção (Aristóteles, 2021, p. 111).

A partir disso, “o problema identificado por Aristóteles é que o critério da distribuição se fundamenta no mérito da pessoa, critério no qual cada um deve receber proporcionalmente à sua *axia*” (Tabosa, 2016, p. 210). Logo, a causa do problema reside no fato de que a distribuição deve ser estabelecida com base na *axia*. Aristóteles (2021, p. 110) entende, então, que o justo, em termos de distribuição, deve ser de acordo com o mérito: “Isso fica claro pelo fato de que os prêmios devem ser distribuídos de acordo com o mérito, pois todos os homens concordam que a distribuição justa deve corresponder ao merecimento em algum sentido, embora nem todos lhe especifiquem a mesma espécie”. Entretanto, não está claro como será definido o critério de valor em relação às distribuições, nem o que determina esse mérito.

Conforme Tabosa (2016, p. 221), o critério para impedir a distribuição equivocada de funções é a impossibilidade objetiva para determinar esse mérito. Portanto, na filosofia aristotélica, o justo não está fundamentado no mérito entendido como dignidade do indivíduo, mas sim como capacidade, isto é, cada pessoa deve receber de acordo com suas capacidades.

Com a evolução de um direito constituído na polis a relação *timé* – *axia* torna-se complexa, porque não há um critério objetivo que estabeleça, a partir dessa relação, uma igualdade na distribuição para uma comunidade política. O problema do mérito como critério para a reciprocidade proporcional reside exatamente no fato da indeterminação dessa objetividade do mérito, o que pode conduzir a uma distribuição equivocada de funções na comunidade política (Tabosa, 2016, p. 223).

Aristóteles conclui que todas as coisas são definidas pelas suas funções, explicando que tudo possui um *telos* (fim), uma finalidade, com o Estado inserido na ordem da natureza e precedendo o indivíduo. Sendo assim, um indivíduo que não consegue viver em sociedade, ou que não necessita de nada porque se basta a si mesmo, não participa do Estado, sendo considerado um bruto ou uma divindade (Aristóteles, 2015, p. 12-13). Na *Política*, livro III, o estagirita trabalha a justiça sob a perspectiva política, sendo que o critério da igualdade para o justo distributivo é o mérito. Esse mérito não está ligado a um valor interno do indivíduo, mas ao reconhecimento de sua contribuição para a comunidade política:

La justicia en este caso es la igualdad, y esta igualdad de la justicia se refiere tanto al interés general del Estado como al interés individual de los ciudadanos. Ahora bien, el ciudadano en general es el individuo que tiene participación en la autoridad y en la obediencia pública, siendo por otra parte la condición del ciudadano variable, según la constitución; y en la república perfecta es el individuo que puede y quiere libremente obedecer y gobernar sucesivamente de conformidad con los preceptos de la virtud (Aristóteles, 2015, p. 52).

Ao entender que a ação humana sempre está dirigida a um fim (objetivo), mormente por estar ligada a uma racionalidade na determinação desse fim, Aristóteles afirma que o sujeito, para fazer uma escolha, deve deliberar, necessitando de discernimento ou prudência (*phrônesis*), para chegar à boa ação. Ele entende a justiça como a virtude moral perfeita, isso porque “na justiça todas as virtudes estão compreendidas” (Aristóteles, 2021, p. 106).

Na *Política*, Aristóteles compreende que, para a permanência na comunidade política, é necessária a virtude cívica como atributo de todos os cidadãos, de forma que, para aqueles que contribuem mais para a comunidade política, maiores deveriam ser os seus direitos na cidade:

Se sostendrá, quizá, que el poder político debe repartirse desigualmente y em razón de la preeminência nacida de algún mérito; permaneciendo, por otra parte, em todos los demás puntos perfectamente iguales, y siendo los ciudadanos por otro lado completamente semejantes; y que los derechos y la consideración deben ser diferentes cuando los individuos difieren (Aristóteles, 2015, p. 50).

De acordo com Bittar (2005, p. 123), é certo que nem todos são iguais e merecem as mesmas quantidades de benefícios e ônus, sendo exatamente por isso que um critério se elege para a diferenciação equitativa dos membros da sociedade. O mérito desiguala aqueles que, de acordo com ele, são desiguais, ao mesmo tempo em que iguala aqueles que, segundo esse mesmo, são iguais, devendo o relacionamento vincular as decisões distributivas, mantendo-se uma ordem geométrica entre os governados.

Na filosofia de Aristóteles, o justo político consiste na aplicação da justiça na cidade, na *pólis*. Dessa forma, seu estudo envolve a análise das classificações teóricas e abstratas aplicadas concretamente ao corpo cívico, conforme destacado por Bittar (2005, p. 150):

[...] existente no meio social, é a justiça que organiza um modo de vida que tende à autossuficiência da vida comunitária (*autárkeian*), vigente entre homens que partilham de um espaço comum, dividindo atividades segundo a multiplicidade de aptidões e necessidades de cada qual, formando uma comunidade que tem por fim a felicidade e a plena realização das potencialidades humanas.

Segundo comentário de Paviani (2019, p. 14), para Aristóteles, o agir moral tem relação com os meios adequados para efetivar a ação e a autorrealização pessoal. Não se trata de uma escolha instrumental, mas de uma escolha racional, orientada pela razão prudencial. O bem, enquanto fim desejável em si, está livre de outras funções, e toda ação possui um fim.

A felicidade, entre outros bens, como a riqueza, a força, parece ser o bem supremo tanto para o indivíduo, para a efetivação de sua existência plena quanto para o ser humano como um animal social, portanto, destinado a ter uma vida pública. E, Aristóteles, além da felicidade, como bem maior, refere-se aos bens menores, tais como: a saúde, a beleza, a amizade, o bem-estar (Paviani, 2019, p. 15).

A importância da ética aristotélica decorre não somente do fato de a ética grega ser teleológica, isto é, centrada na noção de bem, mas também de sua relevância para o processo pedagógico. A ação pedagógica é pensada a partir da relação meio-fim, ou seja, sujeito-objeto, o que resulta na instrumentalização dos envolvidos no processo pedagógico. Aristóteles concebe a ação humana como práxis, na qual o fim é a realização da boa ação.

Amparados em grande parte na filosofia aristotélica, os comunitaristas se opõem ao conceito de Estado neutro, defendendo que ele deve ser substituído por uma política voltada para o bem comum. Em uma sociedade comunitária, o bem comum é concebido como uma visão substantiva da boa vida, a qual define o modo de vida da comunidade. O modo de vida da comunidade forma, então, a base da hierarquização pública das concepções de bem e para o peso atribuído às preferências individuais, dependendo do quanto essas se conformam com o bem comum ou em que medida contribuem para ele (Kymlicka, 2002, p. 220).

### **3. A ÉTICA DA MERITOCRACIA E A CRÍTICA COMUNITÁRIA**

Em que pese não constituam um bloco homogêneo, os comunitaristas compartilham a defesa dos valores da comunidade e a crítica às teses universalistas, especialmente às concepções teóricas liberais, as quais propõem princípios universais para a natureza da melhor forma de associação política. Enquanto Michael Sandel faz uma releitura de Aristóteles, Michael Walzer não rejeita completamente os princípios do Iluminismo, buscando uma integração do liberalismo ao comunitarismo em relação aos direitos e ao pluralismo (Farias, 2004, p. 50-51).

Em conformidade com Farias (2004, p. 51), Walzer situa sua análise em um campo radicalmente particularista, não se distanciando do mundo social em que se vive. Em contraste, Sandel argumenta que o liberalismo não considera adequadamente a influência social sobre o indivíduo e as construções políticas, sendo que a independência do sujeito é uma ilusão liberal que não consegue entender a natureza social do homem. Nesse aspecto, de maneira geral,

[...] os “comunitaristas” partem da premissa de que não devemos nos isolar de nossas circunstâncias, em um ponto de vista independente ou imparcial, para julgar as nossas práticas morais. O objetivo do raciocínio moral não é o juízo, mas a compreensão e a autodescoberta. Os “comunitaristas” não estão preocupados com o que devemos ser, mas em saber quem somos, ou seja, eles estão com a atenção voltada, antes de tudo, para o caráter da comunidade que constitui a identidade de cada um (Farias, 2004, p. 52).

À vista disso, conforme interpretam Kukathas e Pettit (2005, p. 127), a questão não é tanto acerca “do que devo ser”, mas de “quem sou”, refletindo uma preocupação primordial com o caráter da comunidade política que constitui a identidade de cada indivíduo. Isso implica uma preocupação com a política como atividade que se ocupa das exigências da comunidade, em contraste com abstrações filosóficas sobre justiça.

Com base, então, na preocupação com o “bem comum”, os comunitaristas rejeitam a ideia da justiça como a primeira virtude das instituições e defendem uma moralidade enraizada nas práticas particulares das comunidades reais. Nesse contexto, os princípios morais só podem ser definidos a partir do momento em que procuramos entender quem somos, como nos situamos e o que é melhor para nós. Logo, a história da vida de um indivíduo está sempre integrada à história das comunidades nas quais ele constrói sua identidade. Para os comunitaristas, a pergunta crucial não é “quais direitos tenho?”, mas “qual é o nosso bem comum?” (Farias, 2004, p. 53).

Michael Sandel (2020), em sua obra *A tirania do mérito*, analisa o fato de as democracias liberais estarem em risco, em que o princípio do mérito, um de seus pilares básicos, é o responsável por tal cenário. O autor argumenta que vivemos em uma constante competição, a qual separa o mundo entre “ganhadores” e “perdedores”, sendo que tal situação é reforçada por ideias tais como “eu quero, eu posso, eu consigo”, mas tendo como resultado concreto um mundo que reforça a desigualdade social, culpando pessoas, gerando ondas coletivas de raiva, frustração, populismo, polarização e descrença em relação ao governo e também aos demais cidadãos.

Conforme observa Sandel (2020, p. 175), “alocar empregos e oportunidades conforme o mérito não reduz a desigualdade, mas reconfigura a desigualdade para alinhá-la à habilidade. No entanto, essa reconfiguração cria o pressuposto de que as pessoas recebem o que merecem”. No que diz respeito às críticas da filosofia à meritocracia, Sandel (2020, p. 179) entende que a maioria dos filósofos contemporâneos rejeita a noção de que a sociedade deveria alocar empregos e pagamentos com base no que as pessoas merecem. Isso coloca as pessoas da filosofia em discordância com as intuições morais que formam o senso comum, devendo-se tentar descobrir quem está certo, os filósofos ou o público.

Nos dizeres de Sandel (2020, p. 181),

[...] é importante notar que o ideal meritocrático está relacionado à mobilidade, não à igualdade. Ele não diz que há algo de errado com grandes lacunas entre ricos e pobres; apenas insiste que filhos e filhas de pobres deveriam ser capazes, ao longo do tempo, de trocar de lugar baseado no seu mérito – para ascender ou cair como resultado do seu esforço e talento. [...]. O que importa para uma meritocracia é que todo mundo

tenha uma oportunidade igual para subir as escadas do sucesso; não há nada a dizer sobre qual deveria ser a distância entre os degraus da escada. O ideal meritocrático não é remédio para desigualdade; ele é justificativa para desigualdade.

A partir disso, Sandel (2020, p. 184-185) coloca uma questão: a desigualdade que surge da competição meritocrática é justificável? Ele compara dois tipos de sociedades justas dos últimos cinquenta anos: a) o liberalismo de livre mercado, também denominado de neoliberalismo; e b) o liberalismo de Estado de bem-estar, também chamado de liberalismo igualitário. Tratam-se de duas filosofias públicas que estão em um relacionamento complexo com a meritocracia. Na avaliação de Sandel, nenhum dos referidos modelos oferece um relato sobre o bem comum suficientemente robusto para conter a arrogância e a humilhação às quais as meritocracias estão propensas. Apesar de rejeitar a noção de que os vencedores em uma sociedade de mercado competitiva merecem moralmente suas conquistas, essas filosofias públicas não oferecem antídoto contra a tirania do mérito.

Para Sandel (2020, p. 223), superar a tirania do mérito não significa que o mérito deveria ficar sem função na distribuição de empregos e papéis sociais, mas, sim, que devemos “repensar a maneira como concebemos o sucesso, questionando o conceito meritocrático de que as pessoas no topo chegaram lá por conta própria”. A resignificação deve focar em dois domínios da vida, quais sejam, a educação e o trabalho. Nesse sentido, “medidas para ampliar acesso a cursos universitários públicos de quatro anos e oferecer mais apoio a faculdades públicas comunitárias, cursos técnicos e profissionalizantes, além de treinamentos voltados para o emprego, seriam ainda mais significativas” (Sandel, 2020, p. 261).

Por ter passado sua carreira ensinando filosofia política e moral, Sandel acredita na importância da formação educacional moral e cívica. À vista disso, afirma que as universidades:

Em geral, dão relativamente pouca ênfase curricular em formação educacional moral e cívica, ou no tipo de estudo histórico que prepara estudantes para que façam julgamentos pragmáticos fundamentados sobre assuntos públicos. [...], deixou pouco espaço para cursos que expõem estudantes a grandes questões acerca da filosofia moral e política e os convida a refletir criticamente sobre suas convicções morais e políticas (Sandel, 2020, p. 264).

De acordo com a filósofa norte-americana Martha Nussbaum (2015, p. 08), a crise mundial da educação é uma crise silenciosa, em que países e seus sistemas educacionais estão descartando, imprudentemente, competências indispensáveis para manter viva a democracia. Essas competências estão ligadas às humanidades: a capacidade de pensar criticamente e a capacidade de imaginar, com simpatia, a situação em que o outro se encontra.

Nussbaum (2015, p. 09) destaca o que se pode denominar de espírito das humanidades: “a busca do raciocínio crítico, das ideias ousadas, da compreensão empática das diferentes

experiências humanas e da compreensão da complexidade do mundo em que vivemos”. Veja-se o caso dos cursos superiores no Brasil, onde as recentes reformas curriculares acabaram por diminuir significativamente o ensino das humanidades, principalmente da filosofia e da sociologia, em prol de uma educação cada vez mais técnica e instrumental, em que a educação moral e cívica, como argumenta Sandel, fica em segundo plano.

Conforme Sandel (2020, p. 321), achar que uma sociedade justa é meritocrática é um erro, uma vez que igualdade de oportunidades é uma correção moralmente necessária da injustiça. Trata-se de um princípio reparador, não um ideal adequado para uma boa sociedade. Em inúmeras situações sociais, em vez de corrigirmos as condições das quais as pessoas querem sair, construímos políticas que fazem da mobilidade a resposta para a desigualdade. Presume-se que a única alternativa para a igualdade de oportunidades é uma igualdade de resultados estéril e opressiva. Há, entretanto, outra alternativa:

[...] uma ampla igualdade de condição que permite àqueles que não alcançam grandes riquezas ou posições de prestígio vivam com decência e dignidade, desenvolvendo e exercitando suas habilidades em trabalhos que rendem estima social, compartilhando de uma cultura do aprendizado que seja amplamente difusa, e deliberando junto a concidadãos sobre questões públicas (Sandel, 2020, p. 322).

Com razão, Sandel (2020, p. 324) afirma que não temos muita igualdade de condições atualmente, pois são poucos os espaços públicos que reúnem pessoas de todas as classes, raças, etnias e crenças. Ao longo de quatro décadas de globalização, construímos uma sociedade favorável ao mercado, o que resultou em desigualdades de renda e riqueza e levou à formação de modelos de vida cada vez mais separados. As pessoas com grande condição econômico-financeira e aquelas de meios modestos raramente se encontram ao longo do dia, pois vivem, trabalham, fazem compras e se divertem em lugares diferentes; seus filhos frequentam escolas diferentes. Ainda, quando a máquina da triagem meritocrática faz seu trabalho, quem está no alto acha difícil resistir ao pensamento de que merece o sucesso que tem, ao passo que quem está em baixo também merece o lugar onde está. Ora, Sandel defende que as pessoas bem-sucedidas têm uma dívida com aqueles menos favorecidos, pelo simples fato de que se deve reconhecer que nossos esforços não são realizados de forma isolada e não somos totalmente autossuficientes.

A ética comunitarista de Sandel aponta para o sentido de que o sucesso deve ser compreendido em prol da coletividade, entendendo que o pensamento deve ser guiado pela humildade, pela compreensão do papel do acaso da vida humana e das reais oportunidades enquanto norte para a democracia e, portanto, para o bem comum. Assim, os valores comunais

não são somente afirmados pelos membros de uma comunidade, mas acabam por definir sua identidade. A busca compartilhada de valores é constituinte da identidade. Sandel (2000, p. 216) propõe uma comunidade constitutiva, na qual existam fortes laços de solidariedade entre seus membros, de forma que a “autocompreensão compartilhada entre os participantes deve estar incorporada em seus acordos institucionais, e não simplesmente um atributo dos planos de vida de certos participantes”.

Michael Walzer (2003), por sua vez, em sua teoria da igualdade complexa, portanto, uma teoria distributiva, na obra *Esferas da justiça*, expõe três princípios distributivos, quais sejam: a) livre intercâmbio; b) mérito; e c) necessidade. Conforme Walzer (2003, p. 25), “os três têm força real, mas nenhum deles tem força em toda a escala de distribuições”.

O livre intercâmbio gera um mercado dentro do qual um bem pode ser conversível em qualquer outro por intermédio do dinheiro, que atua como um meio neutro. Assim, o mercado opera de maneira pluralista, tanto em suas operações quanto em seus resultados. O livre intercâmbio deixa as distribuições completamente nas mãos dos indivíduos e os significados sociais não estão sujeitos às decisões interpretativas individuais. Logo, o livre intercâmbio não é um critério geral, mas só é possível especificar os limites dentro dos quais ele funciona por meio de análise minuciosa de determinados bens sociais (Walzer, 2003, p. 26-27).

O mérito, por sua vez, não tem urgência de necessidade e não envolve posse. Trata-se de princípio que requer ligação íntima entre determinados bens e determinadas pessoas, ao passo que a justiça somente vez ou outra requer vínculo desse tipo. A questão colocada então é sobre “como alguém mereceria tal situação”. Walzer (2003, p. 30) argumenta que, se tivéssemos que atribuir a distribuição de amor, influência e cargos a alguns seres humanos, o mecanismo distributivo seria logo expropriado por algum grupo aristocrata, com a noção fixa do que é melhor e de quem é merecedor, com insensibilidade às diversas excelências dos concidadãos. Para Walzer (2003, p. 30-31), “o mérito é reivindicação forte, mas requer juízos difíceis; e só em condições especialíssimas produz distribuições específicas”.

Quanto ao terceiro princípio distributivo, chamado por Walzer (2003, p. 31) de necessidade, ao explicar sua função, ele parte da famosa máxima de Marx de que “devemos repartir as riquezas da comunidade segundo as necessidades de seus membros”. Trata-se, então, de uma proposta plausível, mas incompleta, porquanto a máxima de Marx não nos ajuda com relação à distribuição de poder político, honrarias e fama, barcos à vela, livros raros, objetos belos de todos os tipos. De acordo com Walzer (2003, p. 32), ainda não temos um critério adequado de distribuição, sendo que a necessidade gera uma esfera distributiva especial, na

qual ela mesma é o princípio distributivo adequado. Nesse sentido, tem-se como consequência da regra: “bens distintos para cada grupo por razões diferentes e de acordo com métodos específicos”.

Na leitura de Araújo (2017, p. 797), este é o sentido igualitário da igualdade complexa, em que todos estão em corridas distributivas diversas, dependendo apenas do seu desempenho específico em cada uma, e sair vitorioso em qualquer uma delas não implica evitar fracassos em outras, pois não há bens predominantes que permitam a trapaça. Entretanto, tal fato não significa eliminar todas as diferenças, que podem ainda ser enormes, mas não mais injustas, uma vez que todos os bens seriam distribuídos de acordo com seus respectivos significados.

Nesse sentido, Walzer (2003, p. 440) consulta Aristóteles, em sua *Política*, o qual afirma que a justiça na democracia requer que os cidadãos governem e, por sua vez, sejam governados. Revezam-se, assim, ao governar uns aos outros. O mérito, como princípio e critério distributivo, é insuficiente, porque não há um processo distributivo centralizado, isto é, um agente central que distribua recompensas e punições em toda a sociedade. Além disso, existem problemas técnicos para aferir o mérito de forma precisa. Ademais, o referido princípio é inaplicável em diversas zonas, uma vez que não serve para distribuir poder político, amor, influência, obras de arte, etc.

No regime da igualdade complexa, nenhum cidadão pode ser rebaixado por sua posição em outra esfera, em relação a um bem social tendo em vista outro bem. A teoria de Walzer visa estudar o significado dos bens sociais, examinando internamente as esferas distributivas. Em relação ao reconhecimento, Walzer o entende como um requisito moral, no qual todos os indivíduos são potencialmente merecedores de honras e admiração. Para a teoria da igualdade complexa, o reconhecimento tem relação tanto com a igualdade de oportunidades quanto com a autoestima e o autorrespeito.

No comunitarismo de Walzer, os problemas concernentes à justiça derivam do fato de se tratar o monopólio, e não a dominação, enquanto tema central da justiça distributiva, conforme observação de Farias (2004). Nesse sentido, a dominação generalizaria o bem social de uma determinada esfera e priorizaria esse bem em detrimento do bem social de outra esfera, levando a uma monopolização e, portanto, a novas desigualdades. De igual forma, se o mérito, como um bem que prevalece na escola, for generalizado para outras esferas da sociedade, teremos o domínio da meritocracia (Farias, 2004, p. 160-161).

### **3. A DESIGUALDADE PERSISTENTE NO BRASIL E A ILUSÃO DO MÉRITO**

Um estudo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), divulgado em 25 de agosto de 2023, revelou significativa queda da pobreza, considerando dados dos biênios 2008-2009 e 2017-2018. Contudo, os resultados também apontam para uma manutenção das desigualdades estruturais. A pesquisa avaliou seis dimensões: moradia, acesso aos serviços de utilidade pública, saúde e alimentação, educação, acesso aos serviços financeiros e padrão de vida e transporte e lazer. Em cada dimensão, diversos itens foram levantados. Dessa forma, a pobreza e a vulnerabilidade foram investigadas considerando a estrutura do domicílio, as condições ambientais do entorno, o acesso à eletricidade e ao esgotamento sanitário, a frequência escolar, a posse de bens duráveis, o uso de serviços financeiros, o tempo gasto no transporte para o trabalho, entre outros itens (Rodrigues, 2023).

Em 2017-2018, 17,3% das pessoas que viviam nas cidades apresentavam algum grau de pobreza. No mesmo período, esse percentual era de 51,1% entre a população rural. No entanto, embora seja mais da metade dos moradores, trata-se de um resultado bastante inferior aos 77,8% registrados em 2008-2009. A queda nas áreas urbanas também foi acentuada: em 2008-2009, 37,3% tinham algum grau de pobreza (Rodrigues, 2023).

No recorte pelo grau de escolaridade, nota-se que o subgrupo cujas pessoas de referência da família não têm instrução registrou queda de 56% no Índice de Pobreza Multidimensional não Monetário (IPM-NM). Entre a população cuja pessoa de referência tinha o ensino fundamental incompleto ou completo, a diminuição foi de 59%. No recorte por regiões, o Norte e o Nordeste apresentaram os maiores valores de IPM-NM nos dois períodos. Ainda assim, a melhoria foi significativa. O IPM-NM na Região Norte saiu de 13,8 em 2008-2009 para 5,2 em 2017-2018. A queda na Região Nordeste foi de 12,4 para 4,3 (Rodrigues, 2023).

Também foi realizada uma análise a partir do subgrupo de cor ou raça. O IPM-NM da parcela da população com pessoas de referência da cor branca caiu 62,1%. Entre a parcela da população com pessoas de referência da cor preta ou parda, o índice saiu de 9,6 para 3,2. Trata-se de uma redução percentual de 66,6% (Rodrigues, 2023).

Os resultados apresentados retratam a persistência da desigualdade entre essas populações, tendo em vista que as contribuições para a composição do índice nacional pouco se modificaram. O grupo com pessoas de referência da cor preta ou parda teve, em 2017-2018, uma participação de 68,4% no Índice de Pobreza Multidimensional com Componente Relativo (IPM-CR) total. Esse percentual indica leve aumento na comparação com 2008-2009, período em que essa contribuição foi de 65,4% (Rodrigues, 2023).

Outro estudo, apresentado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) Social e veiculado pelo Instituto Brasileiro de Análises Econômicas e Sociais (Ibase), demonstrou que a população brasileira, que já é historicamente marcada pela desigualdade social e econômica, apresentou intensificação dessas diferenças após a pandemia de Covid-19, gerando novos desafios para a sociedade em geral. A pesquisa mostrou que o Índice de Gini – utilizado para medir o grau de concentração de renda e apontar a diferença entre os rendimentos dos mais pobres e dos mais ricos – chegou a 0,7068 em 2020, valor é superior ao 0,6013 calculado apenas na Pnad Contínua. Cada 0,03 ponto corresponde a uma mudança significativa na desigualdade; quanto mais próximo de 1, maior é o nível de desigualdade. O fato é que houve um aumento na desigualdade entre os mais pobres e os mais ricos no Brasil, principalmente devido ao efeito da pandemia sobre a classe média (Pesquisa..., 2023).

Os dados do Imposto sobre a Renda das Pessoas Físicas (IRPF) gerados pela Receita Federal foram utilizados pelos pesquisadores para identificar os residentes no país com maior poder de compra. Segundo o estudo: “O IRPF consegue captar melhor a renda proveniente do ganho de capital, como os lucros no mercado financeiro ou distribuído pelas empresas, por isso traz mais realismo para o rendimento dos mais ricos” (Pesquisa..., 2023).

Embora o IBGE tenha calculado o Índice de Gini em 0,6013, a pesquisa da FGV mostra que o indicador teria subido de 0,7066 para 0,7068 em 2020. Pesquisadores também constataram que, mesmo com o auxílio emergencial, a desigualdade brasileira não caiu durante a pandemia. Enquanto os mais ricos registraram perdas de apenas 1,5%, a classe média (que perdeu empregos e não tinha acesso à ajuda do governo) perdeu 4,2% de seus rendimentos (Pesquisa..., 2023).

Conforme a referida pesquisa, em situações de crise econômica e sanitária como essa, as pessoas mais pobres sempre acabam sendo desproporcionalmente afetadas, por serem mais vulneráveis. Conforme Athayde Motta (Pesquisa..., 2023), antropólogo e diretor do Ibase:

Em momentos agudos como o que vivemos com a pandemia, mas também com um governo que nunca priorizou políticas públicas de enfrentamento das desigualdades, a tendência é que rapidamente a classe média baixa perca suas conquistas de mobilidade social. O colégio particular é substituído pelo ensino público; o plano de saúde é abandonado; a lista de compras nos supermercados é diminuída” explica Athayde Motta, antropólogo e diretor do Ibase.

Dentro desse panorama extremamente desigual, a partir da discussão comunitarista acerca do mérito, fica mais fácil de entender que, em sociedades como a brasileira, ainda não é possível adotar por completo uma perspectiva capaz de avaliar o desempenho dos indivíduos a partir do mérito, simplesmente. Enquanto o Brasil permanecer com desigualdades sociais

agudas, o mérito será um critério que pode estar presente apenas na classe alta, para aqueles que, eventualmente, alcancem seus lugares sociais apenas a partir de seus próprios esforços, situação que Michael Sandel entende não ser viável.

De outro modo, pode-se pensar o mérito a partir da própria ideia aristotélica de que o justo distributivo tem no mérito não algo que se ligará a um valor interno do indivíduo, mas ao reconhecimento que advém ao indivíduo por sua contribuição para a comunidade política e, também, no entendimento de Sandel, no sentido de que o sucesso deve ser compreendido em prol da coletividade e, portanto, para o bem comum. Essas percepções de mérito são passíveis de serem pensadas em sociedades plurais e, ao mesmo tempo, desiguais socialmente, como a brasileira. No entanto, persiste a questão: como chegaremos a tal nível cívico em prol da coletividade?

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A partir da presente pesquisa, pode-se apontar para algumas notas conclusivas, as quais, obviamente, apresentar-se-ão para constante revisão, considerando-se o caráter permanentemente aberto da investigação científica.

Em primeira nota conclusiva, pode-se apontar para o fato de que a filosofia de Aristóteles apresenta uma proposta que continua atual em termos de justiça distributiva, ao mesmo tempo em que faz uma análise interessante quanto ao mérito. Acerca da justiça distributiva, Aristóteles pensa ser possível estabelecer uma distribuição em sociedade seguindo uma progressão geométrica, em que o todo está para o todo, assim como cada parte está para a parte correspondente. Essa proporção, em termos matemáticos, é justa. No que diz respeito à questão do mérito, no sentido de se entender quem tem direito ao quê, Aristóteles argumenta que o critério da igualdade para o justo distributivo é o mérito, o qual não se ligará a um valor interno do indivíduo, mas ao reconhecimento que advém ao indivíduo por sua contribuição para a comunidade política. Nesse sentido, é grande o grau de educação moral e cívica na filosofia aristotélica, o que deve elevar a consciência de coletividade, sendo que o mérito não é pensado, tão-somente, de forma individual, mas inserido em um contexto de contribuição individual para a coletividade social.

Como segunda nota conclusiva, pode-se afirmar que o comunitarismo faz uma revisitação à filosofia aristotélica, a partir do que adota muitos argumentos e posicionamentos teóricos. Entre o comunitarismo de Sandel e Walzer, é Sandel quem tem maior inserção no

pensamento de Aristóteles. Isso fica bastante claro principalmente pela defesa da ideia do bem comum, critério presente na filosofia aristotélica. Sandel também recepciona de Aristóteles a ideia de que o mérito não deve ser pensado individualmente, entendendo que o sucesso deve ser partilhado com a comunidade política e com aquilo que o indivíduo contribui para tal comunidade. Sandel, nesse sentido, não defende um abandono do mérito, mas, sim, um redimensionamento, porquanto, em sociedades capitalistas e extremamente individualistas, o mérito deve ter uma relação para com a comunidade política, e isso deve ser feito a partir de duas frentes: a educação e o trabalho. Pela educação, devemos trabalhar o aprofundamento da educação moral e, portanto, cívica, no sentido comunitário; enquanto pelo trabalho, devemos conseguir alcançar dignidade e satisfação em relação àquilo que fazemos.

Como terceira nota conclusiva, pode-se afirmar que o comunitarismo de Walzer utiliza o mérito como um dos critérios distributivos e o faz no sentido de entender que somente poderá produzir distribuição justa em situações especiais. Trata-se de um princípio incompleto, que requer juízos difíceis. No entanto, Walzer não especifica quais seriam esses juízos. Há, nesse aspecto, um déficit na teoria de Walzer em relação ao comunitarismo de Sandel, que apresenta uma reflexão bem mais completa quanto ao mérito. A teoria da igualdade complexa, em relação ao mérito, deixa mais dúvidas do que respostas, no que se entende a teoria de Sandel mais adequada, nesse aspecto.

Por fim, como quarta nota conclusiva, considerando as recentes pesquisas realizadas no Brasil em relação à igualdade, demonstrou-se que a desigualdade social permanece. Os estudos indicam um aumento na disparidade entre os mais pobres e os mais ricos no Brasil, especialmente após a pandemia do coronavírus, fato que por si só já depõe contra uma ética meritocrática em nosso país. Em sociedades desiguais como a brasileira, não há como se adotar o critério do mérito, posto que, enquanto lutamos contra tal desigualdade por meio de políticas sociais de justiça distributiva, estamos remediando, como diz Sandel, a partir da única alternativa para a igualdade de oportunidades, que é uma igualdade de resultados estéril e opressiva. Precisamos de igualdade de condições, acompanhada de uma educação moral mais eficaz e dignidade no trabalho. Esses critérios são absolutamente necessários para construir uma sociedade mais igualitária e solidária, voltada para o bem comum.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, R. C. de. Pluralismo, cidadania e igualdade: a teoria da justiça de Michael Walzer. *Veritas*, Porto Alegre, v. 62, n. 3, p. 748-778, set./dez. 2017.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Maria Stephania da Costa Flores. Jandira, SP: Principis, 2021.

ARISTÓTELES. **Política**. USA: Createspace Independent Publishing Platform, 2015.

BITTAR, E. C. B. **A justiça em Aristóteles**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

FARIAS, J. F. de C. **Ética, política e direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PESQUISA da FGV aponta aumento da desigualdade social após a pandemia. **Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas - Ibase**, Rio de Janeiro, RJ, 2023, p. 01-03. Disponível em: <https://ibase.br/pesquisa-da-fgv-aponta-aumento-da-desigualdade-social-apos-a-pandemia/>. Acesso em: 25 out. 2023.

KYMLICKA, W. **Contemporary political philosophy: an introduction**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

KUKATHAS, C.; PETTIT, P. **Rawls: uma teoria da justiça e seus críticos**. Tradução de Maria Carvalho. Coimbra: Gradiva, 2005.

NUSSBAUM, M. **Sem fins lucrativos**. Por que a democracia precisa das humanidades. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

PAVIANI, J. **Ética aplicada: estudos**. Caxias do Sul: Educs, 2019.

RODRIGUES, L. IBGE: apesar da queda acentuada da pobreza, desigualdades se mantêm. **Agência Brasil**, 2023. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2023-08/ibge-apesar-da-queda-acentuada-da-pobreza-desigualdades-se-mantem>. Acesso em: 25 out. 2023.

SANDEL, M. J. **A tirania do mérito: o que aconteceu com o bem comum?** Tradução de Bhuvli Libanio. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

SANDEL, M. J. **El liberalismo y los límites de la justicia**. Traducción María Luz Melon. Barcelona: Gedisa Editorial, 2000. (Colección Filosofía del Derecho).

SILVEIRA, D. C. **Os sentidos da justiça em Aristóteles**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001. (Coleção Filosofia, n. 121).

TABOSA, A. S. O problema do mérito como critério para a reciprocidade proporcional segundo Aristóteles. **Ideação**, n. 34, jul./dez. 2016.

WALZER, M. **Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

## DEMOCRACIA REFLEXIVA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO SÉCULO XXI: CONTRIBUTOS À LUZ DA TEORIA DE PIERRE ROSANVALLON<sup>1</sup>

*REFLECTIVE DEMOCRACY AND CONSTITUTIONALITY CONTROL IN THE 21ST CENTURY: CONTRIBUTIONS IN LIGHT OF PIERRE ROSANVALLON'S THEORY*

Vinícius Zambiasi<sup>2</sup>

*Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI)*

Criziany Machado Felix Feijó<sup>3</sup>

*Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI)*

José Francisco Dias da Costa Lyra<sup>4</sup>

*Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI)*

### **Resumo:**

O objeto deste estudo consiste na análise dos contributos da teoria democrática reflexiva de Pierre Rosanvallon para o controle de constitucionalidade no século XXI. O corpus analítico foi definido, prioritariamente, na obra “A legitimidade democrática” de Pierre Rosanvallon, na qual o autor discorre sobre três formas de legitimidade democrática: legitimidade de imparcialidade, legitimidade de reflexividade e legitimidade de proximidade. O foco do ensaio é a segunda legitimidade. Foram, também, analisados outros textos do autor, bem como de outros acadêmicos, os quais dialogam com o trabalho exarado no livro mencionado. O objetivo é estudar, portanto, a democracia a partir da legitimidade de reflexividade numa primeira abordagem ao tema, para delimitá-lo numa segunda abordagem ao controle de constitucionalidade. Ainda, será apresentado de forma sumária o percurso profissional e acadêmico de Pierre Rosanvallon a fim de contextualizar o leitor sobre as circunstâncias de produção e inserção do seu pensamento. A técnica de pesquisa utilizada foi a revisão bibliográfica. Em conclusão, entende-se que a ausência de eleição popular na escolha dos membros das Cortes Constitucionais não acarreta na diminuição da legitimidade democrática dos tribunais, pois estes, além de pautados por ideais iluministas, fomentarem debate político inclusivo, proferem decisões não terminativas, de possível rediscussão futura.

### **Palavras-chave:**

---

<sup>1</sup> Os autores são imensamente gratos ao professor Doutor Leonel Severo Rocha pela indicação da leitura da obra de Pierre Rosanvallon no Seminário de Doutorado em Direito na URI, sob sua regência.

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (Bolsista CAPES PROSUC-Taxa). Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo CERS. Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Advogado e Professor Universitário. E-mail: [viniciuszambiasi@gmail.com](mailto:viniciuszambiasi@gmail.com)

<sup>3</sup> Doutoranda em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI/Santo Ângelo e Doutoranda em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI pela Universidade de Coimbra - UC/PT, Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS, Especialista em Direito da Criança e do Adolescente pela Fundação Escola Superior do Ministério Público FESMP/RS, Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS/Uruguaiana. Advogada. Professora (em licença interesse) do Curso de Direito do Centro Universitário da Região da Campanha – URCAMP/Alegrete. Bolsista Capes na modalidade PROSUC/BOLSA. E-mail: [crizianyfelix@gmail.com](mailto:crizianyfelix@gmail.com).

<sup>4</sup> Doutor em Direito pela UNISINOS-RS. Professor do Curso de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Regional do Noroeste-URI, Santo Ângelo-RS. Professor titular da mesma instituição. Juiz de Direito. E-mail: [jfdclyra@tjrs.jus.br](mailto:jfdclyra@tjrs.jus.br). Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/3248441957258684>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1952-3365>.

Democracia reflexiva. Pierre Rosanvalon. Legitimidade democrática. Instituições democráticas. Controle de Constitucionalidade.

**Abstract:**

The aim of this study consists of analyzing the contributions of Pierre Rosanvallón's reflexive democratic theory to Judicial Review on XXI century. The analytical corpus was defined, primarily, in the work "Democratic legitimacy" by Pierre Rosanvallón, in which the author discusses three forms of democratic legitimacy: impartiality legitimacy, reflexive legitimacy and proximity legitimacy. The essay focus is the second legitimacy. Other author texts, as well as by other academics that dialogue with the discussed book, were analyzed. The objective is, therefore, to study democracy from the reflexive legitimacy in a first approach to the topic, to delimit it in a second approach to judicial review. Furthermore, Pierre Rosanvallón's professional and academic career will be briefly presented in order to contextualize reader about the circumstances of his thought production and insertion. The research technique used was bibliographic review. In conclusion, it is understood that the absence of popular election in the selection of members of the Constitutional Courts does not result in a reduction in the democratic legitimacy of the courts, since these, in addition to being guided by Enlightenment ideals, foster inclusive political debate, and issue non-conclusive decisions, which may be subject to future re-discussion.

**Keywords:**

Reflexive democracy. Pierre Rosanvalon. Democratic legitimacy. Democratic institutions. Judicial Review.

## 1. INTRODUÇÃO

Das três formas de Estado, a democracia é, no sentido próprio da palavra, necessariamente um despotismo, porque funda um poder executivo em que todos decidem sobre e, em todo o caso, também contra um (que, por conseguinte, não dá o seu consentimento), portanto todos, sem, no entanto, serem todos, decidem – o que é uma contradição da vontade geral consigo mesma e com a liberdade (Kant, 2008).

O excerto da Paz Perpétua de Immanuel Kant acima mencionado remete aos paradoxos e contradições do horizonte democrático de seu tempo (século XVIII). Entretanto, a atualidade do fragmento que serve de epígrafe para este ensaio é irrefutável. Propõe-se neste estudo uma leitura do horizonte democrático reflexivo e do controle de constitucionalidade na contemporaneidade, tendo como cenário de análise o século XXI e como referencial teórico estruturante do ensaio o pensamento de Pierre Rosanvallón.

O objeto de estudo consiste na análise dos contributos da teoria democrática reflexiva de Pierre Rosanvallón para o controle de constitucionalidade no século XXI. Partindo do objeto de estudo delineado, o *corpus* analítico foi definido, prioritariamente, na obra "A legitimidade democrática" de Pierre Rosanvallón. Todavia, foram analisados outros textos do referido autor, bem como de outros acadêmicos, os quais dialogam com o trabalho exarado no livro mencionado. Nesse contexto, destacam-se, entre outros, os contributos de Bernardo Carvalho Leandro Costa, Claude Lefort, Dominique Rousseau, Eric Hobsbawn, Leonel Severo Rocha, Luigi Ferrajoli, Luís Roberto Barroso e Yacha Mounk.

O objetivo é estudar, portanto, a democracia a partir da legitimidade de reflexividade numa primeira abordagem ao tema (segunda seção), para delimitá-lo, numa segunda abordagem (terceira seção), ao controle de constitucionalidade. A primeira seção versa de forma sumária

sobre o percurso profissional e acadêmico de Pierre Rosanvallon a fim de contextualizar o leitor sobre a conjuntura de produção e inserção do pensamento de um dos mais notáveis intelectuais de nosso tempo.

O autor concebe que a “verdadeira revolução da legitimidade participa de um movimento global de descentralização das democracias” e enfatiza que “nesse terreno se prolonga a perda da centralidade da expressão eleitoral já observada na ordem da atividade cidadã”. Nessa ambiência revolucionária “começam a esboçar-se três figuras da legitimidade”, que correspondem aos princípios democráticos: legitimidade de imparcialidade, legitimidade de reflexividade e legitimidade de proximidade (Rosanvallon, 2021a).

A primeira consiste na ideia de que o governo deve agir de forma justa e equitativa para todos os cidadãos. A segunda refere-se à capacidade do governo de tirar lições de seus erros e adaptar-se às necessidades de uma sociedade em constantes mudanças. A terceira diz respeito à ideia de que o governo deve estar próximo dos cidadãos e ser sensível às suas necessidades e preocupações (Rosanvallon, 2021a). Neste estudo será discorrido, utilizando como técnica de pesquisa a revisão bibliográfica, sobre a segunda legitimidade.

## 2. PIERRE ROSANVALLON

O historiador e cientista social francês Pierre Rosanvallon nasceu em Blóis, em 1º de janeiro de 1948. Sua trajetória profissional é considerada atípica, porquanto antes de dedicar-se a consolidação da vida acadêmica, destinou seus primeiros passos de vida profissional ao ativismo (Collège de France, [s.d.]).

Pierre Rosanvallon formou-se em 1969 pela *École des Hautes Etudes Commerciales (HEC)* e logo em seguida tornou-se secretário confederado (1969-1972) de um sindicato francês, a *CFDT (Confédération Française Démocratique du Travail)*, no qual “era o responsável por estudos econômicos e o redator chefe da revista de reflexão desse sindicato” (De Faria, 2009, p. 34).

Na qualidade de interventor social e político, o autor publicou “suas reflexões sobre um dos temas centrais no período, a ideia de autogestão, que servia para organizar propostas alternativas sobre as necessárias transformações da democracia representativa de então” (De Faria, 2009, p. 34). Assim, em 1976 é publicada a obra “*L'Âge de l'autogestion*”, e em 1977 e “*Pour une nouvelle culture politique*” (Collège de France, [s.d.]).

No ano seguinte (1978) decidiu focar-se em atividades mais acadêmicas, abrindo mão da carreira política que se delineava para ele e ingressou na Universidade de Paris-Dauphine, onde liderou a recém-criada divisão sociológica do centro de investigação *Trabalho e Sociedade*. Foi diretor de pesquisa da universidade de 1978 a 1982, período no qual tornou-se intelectualmente próximo de Cornelius Castoriadis, François Furet e Claude Lefort (Collège de France, [s.d.]).

Preparou com Claude Lefort uma tese de 3º ciclo em história, publicada 1979 sob o título “*Le Capitalisme Utopique. Histoire de l'idée de marché*”; seguido de um doutorado em literatura e ciências humanas, com a defesa da tese intitulada “*Le Moment Guizot*”, publicada em 1985. Em decorrência do seu trabalho as portas da *École des Hautes Etudes en Sciences Sociales (EHESS)* lhe foram abertas, onde foi eleito professor em 1983, depois diretor de estudos em 1989, cargo que ainda ocupa. De 1992 a 2005, foi diretor do Centro Raymond Aron de Pesquisa Política (Collège de France, [s.d.]).

De 2001 a 2018 Pierre Rosanvallon foi professor eleito do Collège de France, ocupando a Cátedra de História Moderna e Contemporânea da Política, da qual atualmente é Presidente Estatutário e Professor Honorário. Em sua aula inaugural discorreu sobre “a história da democracia como uma experiência problemática”, o que tornou a sua abordagem original. A vasta obra do autor foi “traduzida para vinte e duas línguas e publicada em vinte e seis países” (Collège de France, [s.d.]).

Feitas essas breves considerações sobre a trajetória de Pierre Rosanvallon, com o intuito de contextualizar o seu pensamento e sua obra, colaciona-se uma tradução de citação do autor efetuada por Alessandra Maia Terra de Faria que reflete suas inquietações no âmbito acadêmico:

O que não cessou de me instigar para desenvolver minhas pesquisas como historiador foi ver até que ponto as questões e contradições da democracia se reencontram em toda a história da democracia. Seria, assim, impossível fazer a história da Revolução Francesa e da Revolução Americana, ou das revoluções no mundo hispânico, no mundo da América Latina, sem ver até que ponto, por exemplo, a questão da representação sempre teria sido ora uma solução e ora um problema, e de observar como as definições da cidadania foram sempre o centro de lutas, de controvérsias e de perplexidades (Rosanvallon, 2006, p. 5 *apud* De Faria, 2009, p. 36).

Dentro do frutífero universo de pesquisa que o autor incita, optou-se por abordar neste estudo a democracia e a legitimidade de reflexividade num primeiro momento, para posteriormente, afunilar a pesquisa para o controle de constitucionalidade. Passa-se, assim, ao estudo dessas temáticas nas próximas seções.

### **3. DEMOCRACIA E LEGITIMIDADE DA REFLEXIVIDADE SEGUNDO PIERRE ROSANVALLON**

Conforme apregoa Pierre Rosanvallon (2021a, p. 173), a democracia eleitoral-representativa está apoiada no axioma de que “a vontade geral se expressa direta e completamente no processo eleitoral”. Ou seja, de acordo com o referido enunciado, é possível constatar a presença de elementos como a vontade política (representada pela cédula de votação ou, no caso brasileiro, pela urna eletrônica), a designação de um sujeito político (quais sejam os eleitores) e, por fim, a determinação de um regime de temporariedade (isto é, o momento eleitoral). Com isso, faz-se possível verificar os três pressupostos dessa modalidade de democracia eleitoral-representativa, que são, respectivamente, (I) a identificação da opção eleitoral a partir da expressão da vontade geral; (II) a assimilação dos eleitores ao próprio povo; e (III) a perdurabilidade da inscrição da atividade política e parlamentar na continuidade do momento eleitoral.

Após elencar os pressupostos e características da democracia eleitoral-representativa, o autor francês diagnostica a fragilidade do referido modelo (o qual indica ser uma mera versão da “democracia imediata”, em alusão ao governo popular da Revolução Francesa, caracterizado pelo rechaço a instituições e procedimentos de formação da expressão coletiva), especialmente ante sua “redução da realidade”. Desta forma, a ideia de reflexividade, apresentada por Rosanvallon, busca corrigir as incompletudes da democracia, fazendo-o através de mecanismos corretivos e compensadores dos supramencionados pressupostos, seja através da “maior complexidade das formas e dos sujeitos da democracia”, seja pelo “enquadramento dos mecanismos do sistema majoritário” (Rosanvallon, 2021a, p. 173-174).

Dito isso, Rosanvallon (2021b, 245-246) entende que “uma das características mais indiscutíveis de um poder democrático é ser responsável diante dos cidadãos” – isto é, a responsabilidade de “ser chamado a prestar contas e ser eventualmente recusado por eles”. A referida responsabilidade coincide com a ideia de controle, de modo que em uma perspectiva democrática, culmina-se no reconhecimento de uma relação de dependência dos governantes em relação aos governados, ou seja, o poder dos governantes é limitado e subalterno ao que o povo, então soberano, determinar.

Ademais, Rosanvallon (2021a, p. 174) discorre sobre duas formas distintas de democracia: a democracia imediata e a democracia direta. Assim, a democracia imediata é caracterizada por uma ideia de que o povo é um conjunto dotado de sentido e forma, onde,

como mencionado anteriormente, nega-se a existência de instituições e procedimentos que formem a expressão da coletividade, bem como são contestadas quaisquer formas de reflexividade social (como partidos políticos ou eventuais “intermediários” na relação de poder, sob a justificativa de que seriam responsáveis por corromper e distorcer a formação espontânea da vontade geral). A democracia direta, oriunda da Revolução Francesa (cuja expressão popular legítima pertenceria a uma espécie de “vetor natural de manifestação unânime”), também rechaça a delegação ao delimitar os chamados “mecanismos de substituição” responsáveis por colocar o representante no lugar do representado, bem como pressupõe uma “identificação estrutural da soberania popular com uma auto-instituição do social”<sup>5</sup>.

Portanto, em alusão à “obsessão de romper, à época da Revolução Francesa, com a herança monárquica”, Pierre Rosanvallon (2021a, p. 174-176) categoriza o poder constituinte originário como a “mais fiel expressão do ideal democrático”, pois é “radicalmente criador” (sem forma e livre de correntes), uma vez que advém de uma “vontade absolutamente desnuda e incondicionada”, sem ser limitado por instituições pré-existentes, refletindo a “expressão imediata e absoluta do povo vivo”.

Não obstante a isso, se o poder constituinte originário reflete a soberania, cujo exercício, em âmbito democrático, está atrelado ao povo, imperioso destacar a existência de três formas distintas de povo. Primeiramente, o povo eleitoral, cuja expressão é encontrada a partir dos números obtidos nos resultados das urnas, e que se divide entre maioria e minoria – o que, por óbvio, resulta em uma artificialidade bastante distinta de uma pura e real representação completa do povo (inclusive ao se considerar os números de abstenções nas urnas, ou de sujeitos que, por motivo ou outro, não gozam do direito político de voto). Entretanto, apesar de as urnas serem insuficientes na representação da generalidade social, sua serventia é destacada principalmente no encerramento de determinadas controvérsias, sem discutir materialmente a composição das cifras majoritárias (Rosanvallon, 2021a).

Em segundo lugar, o povo social, também chamado de povo-fluxo, povo-história ou povo-problema, nada mais é do que aquilo que se conhece por “sociedade” – ou seja, trata-se da acepção de povo que advém de uma “sucessão ininterrupta de minorias (ativas ou passivas)”. Reflete-se aqui, portanto, a “soma de protestos e iniciativas de toda natureza, que expõe

---

<sup>5</sup> Destaca-se ainda a ideia de “democracia eletrônica”, que segundo Pierre Rosanvallon (2021b, p. 252), significa uma “nova era da democracia direta” - isto é, a ideia de que se pode, atualmente, organizar uma série de referendos acerca de distintos termos, desde que os eleitores possuam acesso à internet. Sob esse olhar, o autor afirma que este não é o caminho ideal para um progresso democrático, uma vez que “conduziria inevitavelmente a tomada de decisões que podem ser contraditórias e levar a uma espécie de paralisia”.

situações vividas e alteração de uma ordem justa (manifestações sensíveis do que faz ou desfaz a possibilidade de um mundo em comum)” (Rosanvallon, 2021a, p. 182-183).

Por fim, o povo princípio é fundado na ideia de igualdade enquanto projeto de inclusão de todos na sociedade, de modo a se tornar uma forma de composição do comum. Assim sendo, a representação do povo princípio enseja na conservação do “bem comum mais estrutural e evidentemente público”, quais sejam os direitos fundamentais, cuja existência, manutenção e garantia são absolutamente indissociáveis da própria ideia de cidadania (“enquanto forma de pertencimento da coletividade e humanidade”). Tem-se aqui, portanto, o dever de se escutar todas as vozes e considerar todas as perspectivas. Dito isso, percebe-se que o povo princípio é retratado a partir da ideia de sujeito de direito, enquanto figura que se relaciona a todos e todas, inclusive discriminados, esquecidos e excluídos (Rosanvallon, 2021a, p. 182-183).

Nesta perspectiva, imperioso salientar que a importância da supramencionada categorização se dá pelo fato de que distintas formas de povo resultam em diferentes formas de se definir e compreender a vontade geral. Portanto, enquanto o povo eleitoral possui uma perspectiva aritmética, cuja força e quantidade é possível de se contabilizar, o povo princípio substancializa uma igualdade inclusiva, que se fundamenta na ideia de que “todo indivíduo deve ser plenamente considerado em sua existência ou dignidade”. Assim, é possível concluir que para Pierre Rosanvallon (2021a, p. 183-184), a soma da vontade do sufrágio com a vontade de integração enseja no “trabalho da sociedade sobre si mesma para fazer retroceder tudo aquilo que a distingue e a separa”, cujo horizonte não é encontrar a unanimidade, mas sim erradicar discriminações e constituir um mundo comum.

Sob esse olhar, importante ressaltar ainda aquilo que Pierre Rosanvallon entende por “imperativo democrático de reflexividade”, o qual, segundo o autor, não representa apenas as “condições práticas de determinação de uma generalidade de multiplicação”, mas possui também uma “dimensão lógica que deriva da impossibilidade da autofundação radical da democracia” – ou seja, inexistente um começo absoluto e surgido do nada, pois a história é sempre escrita de forma relativa. Assim, ainda que um processo revolucionário tencione inventar ou romper com algo, este fenômeno é sempre oriundo de um ponto de referência. Portanto, da perspectiva formal, essa “impossibilidade de autofundação” da democracia se traduz na inviabilidade de se revisar uma regra a partir de uma regra de procedimento por ela mesmo definida, e é justamente por essa ausência de autogeração ou autocontrole da democracia, que são criadas comissões eleitorais independentes para instaurar um processo eleitoral dotado de

confiabilidade<sup>6</sup>. Em outras palavras, significa o reconhecimento de que a democracia necessita de terceiros reflexivos para que possa se estabelecer de forma sólida (Rosanvallon, 2021a, p. 187-188).

Imperioso destacar que no século XIX, durante o processo histórico de transição entre monarquias absolutistas para o advento da democracia, esta se caracterizava por determinados movimentos como a conquista do sufrágio universal<sup>7</sup> e o desenvolvimento de instituições eletivas-representativas, responsáveis pela garantia da liberdade de expressão de cidadãos dotados de distintas perspectivas e opiniões (Rosanvallon, 2021a).

No sentido do exposto, como bem acentuou Claude Lefort (1991, p. 48), “a formulação dos direitos do homem<sup>8</sup>, no fim do século XVIII, inspira-se numa reivindicação de liberdade que põe em ruínas a representação de um poder situado acima da sociedade, dispondo de uma legitimidade absoluta”. Não sendo relevante se essa legitimidade se originava de um poder divino, de uma sabedoria suprema ou de uma justiça suprema, “finalmente, incorporado no monarca ou na instituição monárquica”. Diante desse cenário, os “direitos do homem marcam uma desintrincação do direito e do poder. O direito e o poder não mais se condensam no mesmo pólo”.

A partir da evolução dos regimes democráticos, foram sendo incluídas novas instituições no chamado “panteão democrático”, de modo que se antes eram as “autoridades de regulação e controle” que se destacavam, hodiernamente são as Cortes Constitucionais que ocupam papel central no cotidiano democrático. Com isso, tem-se dado um especial destaque ao exercício do controle de constitucionalidade, cuja abordagem será tópico da próxima seção do presente estudo (Rosanvallon, 2021a, p. 191).

#### **4. O PAPEL DAS CORTES CONSTITUCIONAIS E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

De acordo com Leonel Severo Rocha e Bernardo Leandro Carvalho Costa (2023, p. 49), “o Sistema da Política está vinculado ao Direito na medida em que suas decisões devem

---

<sup>6</sup> A nível doméstico brasileiro, pode-se citar tanto o importante papel desempenhado pelo Tribunal Superior Eleitoral, quanto pelos observadores internacionais.

<sup>7</sup> Ainda que nem todos e todas tenham alcançado o direito ao voto de forma concomitante, seja por razões sociais, seja por motivos de gênero, como demonstrado na obra de Ha-Joon Chang (2004).

<sup>8</sup> No sentido do exposto, merece nota a afirmação de Claude Lefort (1991, p. 55) “[c]onsiderando-se o que faz do direito a mola propulsora em democracia, seríamos, pois, tentados a julgar impossível separar os direitos tidos por fundamentais - que vieram à luz com o nome de direitos do homem - daqueles que a eles se reuniram ao longo do tempo. E, em um sentido que vou deixar claro, creio que é bem assim.”

possuir um fundamento jurídico, sob pena de serem controladas pelo Poder Judiciário (separação dos poderes)". Por sua vez, o Sistema do Direito "é conduzido à aplicação dos direitos humanos no âmbito da jurisdição constitucional (garantia de direitos)".

Sob esse olhar, afirmam os autores que o Poder Judiciário, "enquanto organização do Sistema do Direito, tem a prerrogativa de decidir". De igual maneira, suas decisões formam aquilo que se conhece por "jurisprudência", cuja premissa é a serventia para pautar decisões futuras. Ou seja, "o Direito está em contato contínuo com o passado (decisões anteriores) e também com o futuro, uma vez que suas novas decisões vinculam situações concretas atuais", bem como "partem de constantes reivindicações do entorno (irritações) baseada em expectativas". Deste modo, o ato de decidir se torna uma "condição aos seus membros (juízes), sob pena de correção dentro da própria organização" (Rocha; Costa, 2023, p. 34).

Nesta esteira, Luigi Ferrajoli (2020, p. 46) diagnostica a modificação da natureza da democracia, a qual, segundo o autor italiano, deixa de ser apenas um poder das maiorias, e passa a também englobar limites e vínculos a ela impostos, a fim de garantir direitos fundamentais. Assim, à perspectiva formal da democracia, garantida pela representação política, acresceu-se uma perspectiva substancial, a qual se constitui pelas "garantias dos direitos estabelecidos constitucionalmente". Diante disso, primeiramente, tem-se as garantias primárias (tal como a "proibição de lesão ou restrição dos direitos de liberdade e de imunidade e na obrigação das prestações objeto dos direitos sociais"). Por sua vez, em segundo lugar, encontram-se as "garantias secundárias ou jurisdicionais" (qual seja a possibilidade de revogar legislações inválidas que sejam violadoras das garantias primárias).

Desta forma, ainda que a nível normativo, todos os poderes, sejam eles políticos ou econômicos, encontram-se subordinados ao direito, não somente no que tange às formas, mas bem como no conteúdo do seu exercício – isto é, "subordinado, precisamente, à garantia dos direitos fundamentais e ao governo público da economia, estipulados nas Constituições como condições para a convivência pacífica e democrática" (Ferrajoli, 2020, p. 46).

Com isso, Luigi Ferrajoli (2020, p. 45) identifica a dissolução da soberania estatal interna, especialmente por conta da "rigidez das novas Constituições garantidas pelo controle de constitucionalidade sobre as leis".

Dentro da referida discussão, faz-se pertinente apontar quais são os três modelos distintos de controle de constitucionalidade sobre as leis, destacados na obra de Pierre Rosanvallon (2021a):

Em primeiro lugar, a partir de uma concepção liberal de constituição e das posições assentadas por Benjamin Constant e Emmanuel Joseph Sieyès, tem-se a concepção de um controle de constitucionalidade enquanto ideia de freio, que busca a contenção de ações dentro dos limites de sua atuação especial – isto é, visa tolher as iniciativas legislativas que são adotadas a partir da maioria simples, dentro dos limites da soberania (Rosanvallon, 2021a).

Posteriormente, identifica-se uma segunda concepção de controle de constitucionalidade, de cariz positivista, cujo principal expoente é o jurista austríaco Hans Kelsen, responsável pela moderna idealização da jurisdição constitucional enquanto legislador negativo, inserida em uma estrutura normativa hierarquizada, de modo que o objeto do controle de constitucionalidade passa a ser “dotado de um sentido positivista de organização da produção normativa” (Rosanvallon, 2021a, p. 192).

Por fim, Pierre Rosanvallon (2021a, p. 192-193) ainda destaca uma terceira concepção de controle de constitucionalidade, de caráter democrático-reflexivo. Aqui, para o autor francês, destaca-se a tarefa suplementar de majoração indireta do poder cidadão sobre as instituições, como uma espécie de “regime de enunciação competitiva da vontade geral”. Ou seja, a partir do problema da “tirania das legislaturas”, diagnosticado por Thomas Jefferson, o referido controle de constitucionalidade se apresenta como um “poder popular de resistência”, assemelhando-se a uma declaração de direitos como forma de garantia do povo contra o governo.

Pode-se concluir, portanto, que no controle de constitucionalidade de caráter democrático-reflexivo, o poder social surge como uma ferramenta de limitação do poder dos governantes, os quais são escolhidos diretamente pelo poder eleitoral, mas limitados pelos juízes constitucionais (Rosanvallon, 2021a).

Por sua vez, partidário de uma aceção de democracia contínua<sup>9</sup>, Dominique Rousseau (2019) advoga que somente deveria subsistir o controle de constitucionalidade posterior. Isto porque, segundo o autor francês, o controle de constitucionalidade a priori<sup>10</sup> apresenta contundentes insuficiências objetivas, ao passo que seu único fator positivo (qual seja a segurança jurídica dada às leis) caiu por terra no momento em que juízes ordinários avocaram

---

<sup>9</sup> Seguindo na esteira de Claude Lefort, Dominique Rousseau (2019) trabalha com o conceito de democracia contínua pois entende que “a democracia é um regime inacabado e cuja incompletude se constitui na medida em que mostra sua capacidade de acolher o conflito permitindo a indeterminação social”. Ou seja, sua continuidade decorre do fato de a democracia não se limitar tão somente ao momento (de escolha) eleitoral, bem como tampouco se restringe aos limites fronteiriços e soberanos do Estado.

<sup>10</sup> Por controle de constitucionalidade a priori, entende-se aquele perpetrado no momento do processo legislativo de criação da lei.

a competência de descartar a aplicabilidade de determinada legislação, ainda que o Conselho tivesse declarado sua constitucionalidade<sup>11</sup>.

Por tais motivos, Dominique Rousseau (2019) entende que o controle de constitucionalidade posterior é mais profícuo que o preventivo, já que aquele é implementado a partir de uma parte litigante que possui interesse em demonstrar que determinada lei, no momento de sua aplicação, está violando algum direito fundamental seu.

Com isso, Dominique Rousseau (2019) indica duas soluções para o futuro poder constituinte (seja ele originário ou reformador): primeiramente, permitir que os juízes examinem a constitucionalidade da legislação questionada, ao passo que o Conselho Constitucional se tornaria uma suprema corte dos juízos de constitucionalidade proferidos por tribunais de hierarquia inferior a sua; e, em segundo lugar, a criação, dentro do Conselho Constitucional, de uma câmara encarregada de examinar a admissibilidade de questões suscitadas ante os tribunais.

Contudo, não obstante as pertinentes críticas e propostas apresentadas por Dominique Rousseau, Pierre Rosanvallon (2021a, p. 195) identifica que Cortes Constitucionais são dotadas de importante função de representação social e política, de modo a fazer jus à existência do povo princípio. Assim, o autor relata a existência de uma “relação sociológica que transformou as relações entre direito e democracia (e, portanto, entre o controle de constitucionalidade e o princípio majoritário)”. Ou seja, incumbe, às Cortes Constitucionais, a tarefa de “fazer valer a plena existência do povo-princípio”, uma vez que reafirmam, pela sua atuação, que o soberano não é somente a expressão majoritária eleitoral, mas que deve ser forçosamente levado em conta a permanente confrontação entre distintos povos democráticos (ou seja, aquele das urnas e aquele dos princípios).

Assim sendo, as Cortes Constitucionais, quando aplicam, através de suas decisões, princípios e direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, realizam aquilo que Rosanvallon (2021a, p. 196) chama de cumprimento do “papel de ativação da memória coletiva” – isto é, o preenchimento de uma função representativa que sustenta valores fundamentais democráticos e os princípios organizativos da vida social.

---

<sup>11</sup> A título comparativo, sabe-se que o Brasil adota uma série de procedimentos que visam garantir o controle de constitucionalidade das legislações produzidas. Assim, pode-se destacar o trabalho da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ) no âmbito do Poder Legislativo, a possibilidade de veto por inconstitucionalidade do Poder Executivo, bem como a atuação dos magistrados ordinários ou da Suprema Corte, no controle de constitucionalidade difuso ou concentrado, respectivamente.

Ou seja, a interpretação de uma relação não de antagonismo, mas de contenção mútua, culmina no crescimento da legitimidade de instituições como as Cortes Constitucionais ante poderes governantes que sejam eleitos diretamente pelo povo (Rosanvallon, 2021a).

Expandindo a supramencionada ideia, cumpre destacar os pertinentes apontamentos realizados por Luís Roberto Barroso (2019) acerca dos, por ele então classificados como “três papéis desempenhados pelas Supremas Cortes nas democracias constitucionais contemporâneas”.

Neste sentido, Luís Roberto Barroso (2019, p. 13) entende que supremas cortes e tribunais constitucionais possuem a missão institucional de “fazer valer a Constituição diante de ameaças oferecidas pelos outros poderes ou mesmo por particulares”.

Contudo, o autor ressalta que em países como o Brasil, cuja Constituição é analítica, a jurisdição constitucional transcende o simples papel de análise e eventual invalidação dos atos legislativos ou de governo (tal qual ocorre no *judicial review* estadunidense), agregando outras funções como (i) a aplicação direta da Constituição em determinadas situações (como na atribuição de sentido para cláusulas constitucionais); (ii) a realização de interpretação conforme a Constituição (isto é, a técnica hermenêutica de interpretação que possibilita excluir certo sentido de uma norma, pois incompatível com o texto constitucional vigente, substituindo-o por outra interpretação mais harmônica); ou ainda (iii) a criação temporária de normas que possam sanar inconstitucionalidades por omissão (enquanto perdurar a inércia do Poder Legislativo) (Barroso, 2019).

Dito isso, o primeiro dos três papéis desempenhados pela Suprema Corte, segundo Barroso (2019), é o papel contramajoritário. A referida função, cujas raízes históricas remontam à 1803, quando a Suprema Corte estadunidense julgou o caso *Marbury v. Madison*, significa que Cortes Constitucionais são dotadas do poder de controlar a constitucionalidade de atos exarados tanto pelo Poder Legislativo quanto pelo Poder Executivo<sup>12</sup>.

Desta forma, juízes que integrantes de uma Suprema Corte ou Corte Constitucional, ainda que nunca tenham recebido um único voto popular sequer, possuem a prerrogativa institucional de sobrepor sua interpretação acerca da Constituição em face daquela eventualmente realizada por agentes políticos democraticamente eleitos e investidos de mandato representativo e democraticamente legitimados (Barroso, 2019).

---

<sup>12</sup> No seio de um Estado democrático de Direito, membros dos Poderes Legislativo e Executivo, em geral, alcançam seus respectivos cargos a partir da escolha majoritária da população, durante o período eleitoral.

Nesta perspectiva, o papel contramajoritário das Supremas Cortes visa tanto a proteção de direitos fundamentais (interpretados como o “mínimo ético” e a “reserva de justiça de uma comunidade política”, os quais devem ser forçosamente protegidos, ainda que contra a deliberação política majoritária); quanto a “proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos”, em explícito amparo democrático em face do “risco da tirania das maiorias” (Barroso, 2019, p. 14-16).

Com isso, o caráter contramajoritário expõe que a concepção de democracia transcende a “dimensão procedimental do governo da maioria”, ao passo que engloba também uma dimensão substantiva de igualdade, liberdade e justiça. Ou seja, tanto aqueles que foram derrotados no processo político eleitoral, quanto as minorias em geral<sup>13</sup> não ficarão desamparados, pois conservam, como todos os demais integrantes da sociedade, a mesma condição de membros da comunidade política (cuja Suprema Corte age, portanto, como guardiã dos “princípios e valores constitucionais”, em detrimento de diretrizes meramente políticas)<sup>14</sup> (Barroso, 2019, p. 14-16).

Por sua vez, a segunda função das Supremas Cortes apontada por Luís Roberto Barroso (2019) é o seu papel representativo, o qual indica que a democracia contemporânea é composta por três imprescindíveis elementos: (I) votos (acepção representativa da democracia, calcada na votação popular a partir da decisão das urnas, e que conseqüentemente alçam os Poderes Executivo e Legislativo a um maior protagonismo); (II) direitos (compreensão constitucional da democracia, cujo respeito aos direitos fundamentais é imprescindível, ainda que se contraposto à vontade das maiorias, de modo que cabe às cortes constitucionais equalizarem eventuais tensões); e (III) razões (sentido deliberativo da democracia, onde se destaca a discussão de ideias e o debate público que transcende as decisões numerais obtidas pelas urnas, de forma a permear toda a sociedade civil, a academia, a imprensa e, também, o Poder Judiciário, o qual deve sempre exarar suas decisões com obrigatório conteúdo de fundamentação).

A partir dos referidos apontamentos, Luís Roberto Barroso (2019) demonstra que apesar de um sistema eleitoral confiável, que garanta a votação direta da população na escolha dos representantes, ser elemento imprescindível a todos os Estados de Direito que se dizem

---

<sup>13</sup> Trata-se aqui de minorias na acepção sociológica e antropológica do termo, dispensando-se, portanto, o caráter estritamente quantitativo.

<sup>14</sup> Tem-se aqui, como visto, a noção de “povo-princípio”, idealizada por Pierre Rosanvallon e já referida no presente estudo.

democráticos, esse recorte não pode ser visto como fonte exclusiva da democracia, e consequentemente, pode não ser suficientes para sua real concretização.

Ademais, quanto a isso, Yascha Mounk (2019) destaca que apesar de eleitos por um sistema de votação majoritária, membros do Poder Legislativo podem sequer expressar o sentimento da maioria das populações. Para corroborar sua hipótese, o autor menciona (I) os altos índices de abstenção em eleições (o que denota considerável desinteresse da população); (II) o considerável número de eleitores que sequer lembram quais foram os candidatos que receberam seus votos na última eleição; e (III) a crise de legitimidade que assola o Poder Legislativo, ante o gradativo afastamento (de realidades) do legislador em relação aos cidadãos representados.

Assim, diagnosticada a crise de legitimidade do Poder Legislativo<sup>15</sup>, o Poder Judiciário acaba por se fortalecer e assumir uma função de “intérprete do sentimento social”. Isso ocorre, segundo Luís Roberto Barroso (2019, p. 18), por vários motivos, tais como: (I) os magistrados são, em sua grande maioria, selecionados através de concurso público (em detrimento a indicações políticas, *práxis* comum nos Poderes Executivo e Legislativo), o que lhes concede maior tecnicidade no exercício de suas funções; (II) a vitaliciedade que gozam no exercício das suas funções (livrando-os, portanto, de pressões e circunstâncias de curto prazo, comuns da vida eleitoral, cujo agente precisa revalidar sua popularidade ante o eleitorado de forma periódica); (III) diante da forma de atuação de membros do Poder Judiciário (isto é, pelo fato de somente poderem agir a partir da provocação das partes, bem como da limitação da sua esfera decisória, que deve se manter adstrita os pedidos realizados); ou ainda (IV) pelo fato de todas as decisões exaradas necessariamente apresentarem fundamentação (ou seja, magistrados jamais podem decidir a partir da simples discricionariedade).

Com isso, vislumbra-se que a legitimidade democrática não pode ser medida apenas no momento da investidura no cargo, mas também pelos meios que são empregados no exercício do referido poder, bem como por quais os fins que são buscados no exercício da função institucional. Assim, pelo exposto, resta cristalino que além do caráter contramajoritário, as Cortes Constitucionais também são dotadas de uma função amplamente representativa da sociedade (Barroso, 2019, p. 18).

Por fim, a derradeira função apontada pelo autor, qual seja o papel iluminista (cuja expressão está em clara alusão ao “abrangente movimento filosófico que revolucionou o mundo das ideias ao longo do século XVIII”), significa que apesar de pautar sua atuação considerando

---

<sup>15</sup> Que invariavelmente acaba por respingar também no Poder Executivo.

o risco democrático e evitando sua transformação em uma instância hegemônica, as Supremas Cortes devem aproveitar a democratização do Estado, cujas principais acepções se encontram no documento constitucional, para impor os “avanços imprescindíveis [...] em nome da razão, [ainda que] contra o senso comum, as leis vigentes e a vontade majoritária da sociedade” (Barroso, 2019, p. 24).

Conforme apregoa Eric Hobsbawn (2012, p. 21), o iluminismo representa a “convicção no progresso do conhecimento humano, na racionalidade, na riqueza e no controle sobre a natureza”. Assim sendo, o papel iluminista das Supremas Cortes se dá no sentido de conduzir, sob uma perspectiva de razão humanista, o processo civilizatório em direção ao “progresso social e da liberação de mulheres e homens”, cujas principais razões são o pluralismo e a tolerância, em busca da “superação dos preconceitos, o obscurantismo, das superstições, das visões primitivas que excluem o outro, o estrangeiro, o diferente” (Barroso, 2019, p. 25-26).

Pelo exposto, tendo-se em consideração os três importantes papéis desempenhados pelas Supremas Cortes no seio de um Estado de Direito verdadeiramente democrático (ou seja, cuja democracia não se limita ou se esgota ao momento eleitoral), Pierre Rosanvallon (2021a, p. 200) é bastante assertivo ao relembrar a importância hodierna em “dar consistência temporal às democracias para fortalecer o seu fundamento”, ante a ameaça constante do “culto do presenteísmo”.

Com isso, resta claro que as Cortes Constitucionais desempenham um imprescindível papel reflexivo, pois contribuem para a formação contínua de uma vontade comum (distinta, portanto, daquela pautada pela lógica imediatista), bem como para a própria vitalidade democrática, uma vez que exercem imprescindível papel de fortalecimento na deliberação política, ensejando debates políticos essenciais e valorizando a argumentação, ao passo que se adequam à própria ideia de reflexividade cunhada pelo autor francês e exposta na seção anterior, no sentido de almejar a correção de eventuais incompletudes da democracia (Rosanvallon, 2021a).

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante do exposto ao longo do presente estudo, pode-se concluir, primeiramente, que o fato de membros das Cortes Constitucionais não serem submetidos à votação popular (como teorizado na Revolução Francesa, ainda em 1790, por exemplo), não enseja na diminuição da sua legitimidade democrática ou no seu papel reflexivo. Muito pelo contrário.

Apesar de o papel reflexivo não ser exclusivo das Cortes Constitucionais<sup>16</sup>, ante suas características inerentes e funções desempenhadas no seio de Estados democráticos de Direito, as Supremas Cortes, pautadas por ideias e ideais iluministas, são responsáveis de forma direta e imprescindível para o avanço do debate político, de modo a garantir que minorias, esquecidos e marginalizados (ou seja, o povo-princípio e o povo-social) possam buscar seu assento perante os demais, fazendo jus ao *status* constitucionalmente garantido de sujeitos de direito. Assim, a legitimidade das instituições de reflexividade passa muito mais pelo seu caráter representativo, do que pela forma de escolha dos membros que a compõe.

Em segundo lugar, conforme o próprio Pierre Rosanvallon (2021a) destaca em sua obra, as decisões exaradas sobre determinada temática por Cortes Constitucionais nunca são terminativas – isto é, a alteração das regras constitucionais pode ensejar na rediscussão do já anteriormente decidido.

Com isso, conclui-se que da mesma forma com que os textos constitucionais não são perpétuos, as decisões oriundas do exercício do controle de constitucionalidade se encontram inseridas em um processo em que as Supremas Cortes não possuem a última palavra.

Em decorrência disso, expressões como “ditadura da toga” ou “governo pelo Judiciário”, que permearam os acirrados debates políticos no cenário brasileiro dos últimos anos, mostram-se absolutamente inadequados, seja porque o poder interpretativo da Suprema Corte é circunscrito, seja porque se dá apenas em razão de textos previamente existentes, cujo autor não é o Poder Judiciário.

Assim, assiste razão ao autor francês, cuja obra foi objeto de análise do presente estudo, no sentido de que o aumento gradativo da fragmentação na esfera político-partidária demanda maior legitimidade de instituições de reflexividade para intervir e debater temas controversos.

Portanto, a inexistência de caráter partidário dentro de uma Corte Constitucional, como é o caso do Supremo Tribunal Federal, faz com que suas posições, ainda que contramajoritárias (na perspectiva numérica), sejam mais facilmente aceitas, em relação aos mais controversos assuntos da esfera social, que de forma vindoura serão debatidos em um cenário politicamente polarizado como o atual.

---

<sup>16</sup> Outros atores da sociedade civil, como a própria academia, exercem o referido papel de reflexividade, especialmente quando se propõe a discutir, racionalizar e até mesmo denunciar temas relacionados à (distância entre) democracia enquanto procedimento e democracia enquanto conteúdo, naquilo que Rosanvallon (2021a) chama de intercâmbio entre o político e o jurídico.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Os três papéis desempenhados pelas Supremas Cortes nas Democracias Constitucionais Contemporâneas. In: **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 11-35, set.-dez., 2019.

CHANG, Ha-Joon. **Chutando a escada**: A estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica. 1ª ed, São Paulo: Editora Unesp, 2004.

COLLÈGE DE FRANCE. **Pierre Rosanvallon**: Biografia e publicações. Universitário. Disponível em: <https://www.college-de-france.fr/fr/chaire/pierre-rosanvallon-histoire-moderne-et-contemporaine-du-politique-chaire-statutaire/biography>. Acesso em: 10 dez. 2023.

DE FARIA, A. M. T. O trabalho da representação e Pierre Rosanvallon. In: **Revista Desigualdade & Diversidade**: Revista de Ciências Sociais da PUC-RIO, n.º 5, jul./dez.2009, p. 33-62. Disponível em: [http://desigualdadediversidade.soc.puc-rio.br/media/Desigualdade5\\_AlessandraFaria.pdf](http://desigualdadediversidade.soc.puc-rio.br/media/Desigualdade5_AlessandraFaria.pdf). Acesso em: 07 ago. 2024.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo além do Estado**. In: Sociedade Científica do Direito. I Encontro Virtual do CONPEDI. 2020.

HOBBSBAWN, Eric. **A Era das Revoluções**; 1ª ed, São Paulo: Paz & Terra, 2012.

KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. 1ª ed, Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2008.

LEFORT, Claude. **Pensando o político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991

MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**: Por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. 1ª ed, São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. **Constitucionalismo Intersistêmico**: Sistemas sociais e Constituição em rede. 1ª ed, Blumenau: Editora Bom Modesto, 2023.

ROSANVALLON, Pierre. **La Legitimidad Democrática**: Imparcialidad, reflexidad, proximidad. 1ª ed, Buenos Aires: Manantial, 2021a.

ROSANVALLON, Pierre. **O Século do Populismo**: história, teoria, crítica. 1ª ed, Rio de Janeiro: Ateliê de Humanidades, 2021b.

ROUSSEAU, Dominique. **Radicalizar a Democracia**: Proposições para uma refundação. Tradução de Anderson Vichenkeski Teixeira. 1ª ed, São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2019.

## SEPARAÇÃO DOS PODERES E (IN)DETERMINAÇÃO JURÍDICA

### SEPARATION OF POWERS AND LEGAL (IN)DETERMINACY

Pablo Biondi<sup>1</sup>

*Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)*

#### Resumo

O presente artigo propõe uma articulação entre os diferentes discursos sobre a separação de poderes ao longo da modernidade jurídica, as diferentes compreensões sobre o sentido da prática decisória dos juízes e os níveis de determinação do direito. Visualiza-se, nesse raciocínio, a seguinte periodização: sob o Estado liberal, um modelo rígido de separação de poderes que corresponde ao formalismo jurídico e ao paradigma do juiz “*bouche de la loi*” (determinação do direito num sentido forte); sob o Estado intervencionista, um modelo diluidor de separação de poderes que corresponde ao ceticismo jurídico e ao juiz dotado de amplos poderes discricionários (ampla indeterminação do direito); sob o Estado regulador, um modelo flexível de separação de poderes que corresponde a um posicionamento intermediário, compatível com a ideia de uma textura aberta do direito e com a utilização de juízos de razoabilidade prática (indeterminação parcial do direito). Por fim, faz-se constar que a pesquisa realizada observou o método bibliográfico e se insere no domínio da teoria do direito.

#### Palavras-chave:

Separação dos poderes. Indeterminação do direito. Poder Judiciário. Interpretação jurídica. Criação judicial de direito

#### Abstract

The current article proposes an articulation between the different discourses on the separation of powers throughout legal modernity, the different understandings about the meaning of the decision-making practice of judges and the levels of determination of law. In this reasoning, the following periodization can be seen: under the liberal state, a rigid model of separation of powers that corresponds to legal formalism and the paradigm of the judge “*bouche de la loi*” (determination of law in a strong sense); under the interventionist state, a diluting model of separation of powers that corresponds to legal skepticism and the judge endowed with broad discretionary powers (wide indetermination of the law); under the regulatory state, a flexible model of separation of powers that corresponds to an intermediate position, compatible with the idea of an open texture of the law and with the use of judgments of practical reasonableness (partial indeterminacy of the law). Finally, it is noteworthy that the accomplished research followed the bibliographic method and inserts itself in the domain of legal theory.

#### Keywords:

Separation of powers. Legal indeterminacy. Judicial power. Legal interpretation. Judicial creation of law

## 1. INTRODUÇÃO

O papel do Poder Judiciário na produção daquilo que se entende por direito foi e ainda é motivo de celeuma na filosofia do direito. Essa celeuma usualmente se apresenta como uma oposição entre entendimentos formalistas e entendimentos céticos sobre a determinação do direito: segundo os formalistas, as disposições jurídicas abstratas constituem uma legislação a ser aplicada – e tão somente aplicada – pelos juízes, diminuindo-se o espaço de inventividade dos aplicadores; já de acordo com os céticos, os textos normativos não passam de instrumentos

---

<sup>1</sup> Professor da Faculdade de Direito da USP vinculado ao Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social, membro do grupo de pesquisa DHCTEM-USP e membro permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da FDSBC. E-mail: pablobiondi@gmail.com.

a serviço das convicções pessoais dos julgadores, os quais se apropriam dos materiais normativos para decidir em favor dos fins que consideram socialmente desejáveis, criando direito sem se deixar dirigir ou constranger por um regramento previamente determinado.

Numa leitura formalista, o direito coloca-se para o aplicador como um objeto plenamente dado, ou seja, que não pode variar em função das subjetividades do agente. O intérprete, assim, é tratado como um mero declarador de sentidos, pois se entende que a sua atividade apresenta um caráter cognitivo. Supõe-se a existência de um significado unívoco para o texto normativo, imaginando-se que o próprio enunciado contém uma verdade objetiva. O que impera nesse tipo de análise é uma atitude textualista que, manifestando horror à discricionariedade judicial, corresponde ao modelo do juiz como “*bouche de la loi*”, no qual há um enaltecimento da literalidade da lei, admitindo-se, de modo complementar, um esforço originalista para se recuperar a volição do legislador no instante de criação do direito (como o exame empírico dos trabalhos preparatórios que antecedem as sessões legislativas).

Em contrapartida, a concepção cética enxerga na prática decisória uma livre estipulação de sentido por parte do julgador, que se coloca como um doador de sentido em face de um texto passivo. O juiz é encarado como um agente que elege um significado (dentre outros possíveis) para o enunciado normativo, fazendo-o mediante um ato discricionário de vontade. Perde-se de vista a preocupação com a vontade original do legislador, pois se entende que o que importa é a “vontade da lei” nos termos em que ela é aplicada pelos órgãos competentes. Admite-se, a partir daí, que o juiz toma parte na produção do direito, fazendo-o, inclusive, numa posição privilegiada. Em adendo, infere-se que o ato interpretativo do juiz, enquanto mera escolha subjetiva, não se sujeita a juízos de verdade ou de falsidade, não se podendo cogitar uma única resposta correta para um caso. Com isso, abre-se caminho para a inventividade do julgador e para a consagração do Judiciário como uma das forças dirigentes da sociedade, ainda que em prejuízo da determinabilidade do direito.

Diante do embate entre os extremos, surgem posicionamentos intermediários. No que diz respeito às possibilidades de determinação do direito sob o ponto de vista da prática decisória, pode-se identificar um campo bastante heterogêneo que, de alguma maneira, conjuga a abordagem cognitiva e a abordagem cética, sustentando que o significado dos textos normativos apresenta uma indeterminação parcial, e que só se pode falar em respostas corretas para algumas situações (Sgarbi, 2020, p. 248).

Em termos de posições dominantes, pode-se dizer que o formalismo encontrou seu auge no século XIX, enquanto que as doutrinas céticas prosperaram entre o final do século XIX

e a primeira metade do século XX. Da segunda metade do século XX em diante, o debate parece desenvolver-se a partir de posições mais ao centro nesse espectro jusfilosófico, mas que contêm, como diferencial, um cuidado mais acentuado com a interpretação jurídica e com a fundamentação das decisões (algo que não estava dado nem sob a hegemonia do formalismo e nem sob a hegemonia posterior do ceticismo). Teorias como a de Dworkin, por exemplo, enfatizaram o embasamento argumentativo da decisão judicial, tomando-o como o cerne da racionalidade jurídica – uma racionalidade que só poderia ser reconhecida com a recusa das propostas formalistas e céticas,<sup>2</sup> e que, no caso do jurista estadunidense, seria representada na formulação do direito como integridade (a qual, por sua vez, acabou flertando com um certo formalismo ao propor um padrão absoluto de correção na figura do “juiz Hércules”).

Uma vez elencados os principais posicionamentos sobre o problema da determinação do direito, somando-se a isso a percepção de que eles se sucederam em períodos de hegemonia, resta saber quais são as bases sociais e políticas pelas quais se pode compreender tais viragens no interior da filosofia do direito. Não nos cabe, no presente artigo, realizar um exame exaustivo dos mencionados fundamentos. Pretendemos destacar apenas um aspecto da questão, mas um aspecto que nos parece determinante, a saber: o nexos entre as distintas formas de entendimento da separação dos poderes e as divergências acerca da extensão do papel que se reconhece aos juízes em suas decisões.

Cumprindo observar que a problemática do alcance interpretativo das decisões judiciais e os seus reflexos no tema da determinação (ou indeterminação) do direito envolve, inevitavelmente, um dado discurso sobre a divisão dos poderes – seja para enaltecê-la em seu sentido clássico, para lançá-la em descrédito ou para relativizá-la. Essas variações discursivas a respeito da separação dos poderes, por sua vez, decorrem de mudanças nas funções do Estado e na relação entre o poder público e a sociedade civil.

Nosso esforço será o de expor e classificar, de maneira justificada, três tendências dominantes em função das quais se pode periodizar a teoria do direito no que concerne o sentido da prática decisória dos magistrados: i) formalismo jurídico sob o Estado liberal e afirmação de um modelo rígido de separação de poderes; ii) ceticismo jurídico sob o Estado intervencionista e diluição da separação dos poderes na unicidade dos órgãos estatais; iii) correntes

---

<sup>2</sup> O formalismo e o ceticismo aproximam-se, em determinados aspectos, daquilo que Dworkin (1999, p. 118-119) alude, respectivamente, com as noções de convencionalismo (exigência de uma coerência exclusiva com deliberações do passado) e de pragmatismo (juízos prospectivos de conveniência sobre o que é melhor para a comunidade). A defesa do direito como integridade consta, pois, como uma alternativa às duas posições (tanto uma defesa do caráter interpretativo do direito como uma crítica da discricionariedade judicial).

intermediárias sob o Estado regulador e atitude moderada ou flexível diante do conceito de separação dos poderes. Ao desenvolvermos tal percurso, poderemos clarificar os elementos políticos que originam os conflitos de posicionamentos no modo de se compreender as decisões dos juízes, o que reforça a conexão mais ampla entre teoria jurídica e pensamento político.

## 2. SEPARAÇÃO DE PODERES, FORMALISMO E LIBERALISMO

A doutrina da separação dos poderes, em seus primórdios, “desdenha” a figura do juiz, negando-lhe qualquer tipo de proeminência. Quando John Locke (1998, p. 514-516) enunciou os poderes que compõem a sociedade política, ele indicou um poder legislativo (aquele que, por direito, fixa as diretrizes para o uso da força da sociedade política), um poder executivo (aquele que se encarrega da perpétua execução e assistência dos desígnios legais) e um poder federativo (aquele que gere a segurança da segurança e do interesse da sociedade no plano externo, ou seja, no nível das relações internacionais). Há um eloquente silêncio acerca do juiz no que concerne à separação de poderes.

Os juízes são citados, em Locke, apenas como agentes autorizados que exercem uma função de intermediação entre a autoridade legislativa e os direitos dos cidadãos. A justiça que o juiz dispensa não lhe pertence, pois se supõe que ele apenas maneja os comandos legais. Aliás, o poder de elaborar leis é reputado como intransferível: tal poder deriva diretamente do povo e, em razão do seu caráter supremo, não pode ser colocado nas mãos de terceiros. Em adendo, quaisquer poderes depositados em quaisquer agentes da sociedade política são subordinados ao poder legislativo ou dele derivados (Locke, 1998, p. 519). Poder-se-ia acrescentar que parece surgir daí a concepção austiniana do poder dos juízes como uma porção delegada do poder soberano.<sup>3</sup>

Montesquieu (2000, p. 167-168), diferentemente, indica o “poder de julgar” (castigar crimes e decidir litígios) como um terceiro poder, o qual deveria, em nome da liberdade política, ser “separado” dos demais poderes. Sem isso, o cidadão viveria sob a constante ameaça de tirania, sujeitando-se a uma situação em que o poder sobre a vida e a liberdade seria arbitrário, em que o juiz seria um legislador absoluto. O remédio contra o abuso da autoridade seria dispor

---

<sup>3</sup> “Ora, quando os juízes transformam um costume em regra legal..., a regra legal que estabelecem é estabelecida pela legislatura soberana. Um juiz subordinado ou súdito é apenas um ministro. A porção de poder soberano que está à sua disposição é apenas delegada. As regras que ele faz obtêm sua força legal da autoridade dada pelo Estado; que o Estado pode conceder de maneira expressa, mas que em geral dá por meio de aquiescência” (AUSTIN, 2002, p. 342).

os poderes de tal maneira que um pudesse funcionar como limite do outro, o que se daria nos marcos da legalidade: “que ninguém seja obrigado a fazer as coisas a que a lei não obriga e a não fazer aquelas que a lei permite” (MONTESQUIEU, 2000, p. 166-167).

O que se nota no conhecido filósofo, aliás, é a típica desconfiança do liberalismo francês em relação aos juízes, historicamente identificados como pilares do *Ancien Régime*. Totalmente ao contrário do *common law*, que enaltece o magistrado como um “oráculo do direito”, como porta-voz da juridicidade enquanto costume jurisprudencial, a tradição francesa pretende encontrar o direito na legislação enquanto normatividade geral e abstrata, isto é, como obra de um soberano que enuncia a sua vontade vinculante para toda a comunidade. Não por acaso, a lei é sugerida por Montesquieu como a única fonte legítima de obrigações jurídicas, o que acabaria por tornar “invisível e nulo”, por assim dizer, esse “poder de julgar”, um poder terrível que não deveria ser confiado a um órgão permanente, e sim a um colegiado formado por “pessoas tiradas do seio do povo em certos momentos do ano, da maneira prescrita pela lei, para formar um tribunal que só dure o tempo que a necessidade requer” (MONTESQUIEU, 2000, p. 169).

Julgar uma causa, assim, é exercer um poder, mas o bom exercício desse poder (isto é, segundo a receita de um “governo moderado”) haveria de propiciar a neutralização do próprio juiz, negando-lhe o estatuto de uma potestade autônoma. Essa neutralização aparece, na aurora do liberalismo, como exaltação textualista do raciocínio de subsunção dos fatos às normas legais<sup>4</sup> e também como proposta de um arranjo institucional que dispensa a conformação de um corpo permanente de magistrados, conforme defendido pelo próprio Montesquieu. De acordo com esse horizonte, o juiz “não passa de uma presença e de uma voz”, ele é reduzido à condição de “um homem cuja função consiste exclusivamente em ler e em dizer a lei” (ALTHUSSER, 1972, p. 133).

Na era do liberalismo clássico, assim, formam-se as bases do formalismo jurídico do século XIX, o que se comprova na compleição eminentemente liberal da dogmática jurídica nascente. Para que o indivíduo alcançasse a almejada imunidade contra o exercício arbitrário da autoridade, seria preciso que as barreiras à ação individual fossem não apenas mínimas em seu conteúdo legal, mas também claras e precisas. Quaisquer restrições a direitos individuais

---

<sup>4</sup> Cesare Beccaria (1999, p. 33-34), nesse diapasão, exaltava a aplicação do direito nos termos de um “silogismo perfeito”, capaz de impor a constância da lei e de afastar a “errante instabilidade das interpretações”, o que evitaria que os súditos se encontrassem sujeitos à “pequena tirania de muitos”. Daí a necessidade de um código de leis que fosse observado *ad litteram*, cabendo ao juiz apenas avaliar as ações à luz do texto legal.

deparariam de uma estipulação legal prévia, isto é, de uma disposição do poder soberano, mas uma disposição que fosse aplicada fielmente, em observância à vontade do legislador, a qual passaria a ser a definitiva e irretocável manifestação do direito.

O formalismo jurídico é identificado por Carlos Santiago Nino (2010, p. 41) como um tipo de positivismo, uma concepção que sustenta que “o direito é composto exclusiva ou predominantemente por preceitos legislativos, ou seja, por normas promulgadas de modo explícito e deliberado por órgãos centralizados”, e não por normas consuetudinárias ou jurisprudenciais. Além disso, as normas da legislação formariam uma ordem jurídica completa (desprovida de lacunas), consistente (desprovida de contradições) e totalmente determinada (desprovida de vagueza e de ambiguidade). Esses e outros atributos que são atribuídos idealmente à totalidade das normas jurídicas integram o chamado “modelo dogmático do legislador racional”, uma figura típica do raciocínio jurídico atrelado à tradição do *civil law*, e que cumpre a função de exaltar a legislação estatal como fonte exclusiva do direito positivo.<sup>5</sup>

Conforme afirma José Rodrigo Rodriguez (2013, p. 119), o formalismo jurídico apresenta-se como uma atitude legalista no que diz respeito à aplicação do direito e como uma atitude de rigidez no que concerne o aparato conceitual dos juristas. O que se tem é uma visão do direito que restringe o raciocínio jurídico a uma operação lógico-formal,<sup>6</sup> a exemplo da subsunção do caso concreto à norma abstrata (legalismo), como a forma de pensar que adota categorias dotadas de uma verdade que transcende a prática jurídica, conceitos absolutizados, hostis às transformações da realidade a ser descrita (“absolutismo conceitual”).

No contexto em que a lei emerge como a referência central do direito, em contraposição às pretensões jusnaturalistas de uma juridicidade metafísica, a ordem jurídica passa a ser entendida como um produto das deliberações estatais. E como o conteúdo dessas deliberações correspondia ao programa do Estado liberal, ocorreu que o juspositivismo formalista (isto é, o positivismo jurídico em sua época de nascimento) absorveu para si as aspirações e valorações do liberalismo político. Não por acaso, as teorias formalistas

---

<sup>5</sup> Vale acrescentar que há uma variante do formalismo jurídico ambientada no *common law*, e que defende uma metodologia científica para o direito a partir da análise conceitual dos institutos jurídicos presentes nos *casebooks*, sendo que esses institutos, dotados de uma lógica própria, haveriam de prevalecer sobre quaisquer discursos de adaptação do direito a novas demandas fáticas. O grande representante dessa corrente foi Christopher Columbus Langdell, jurista norte-americano do século XIX.

<sup>6</sup> Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2003, p. 316) aponta que, tradicionalmente, a dogmática encara a decisão jurídica como uma construção silogística, como uma “operação dedutiva em que: (a) a norma (geral) funciona como premissa maior; (b) a descrição do caso conflitivo, como premissa menor; e (c) a conclusão, como o ato decisório *stricto sensu*”. Essa redução logicista da atividade deliberativa na prática jurídica, segundo o autor, prejudica a compreensão da complexidade do processo deliberativo.

mobilizaram amplamente uma série de categorias originárias da filosofia liberal do século XVIII, como indivíduo, vontade, consciência, interesse etc. (MUÑOZ, 2008, p. 62).

No que diz respeito a essa confluência entre uma cosmovisão liberal e um método juspositivista, merece destaque a “escola da exegese”, que atuou como a máxima apologia doutrinária do movimento de codificação do direito. Esse movimento teve como eixo a experiência do Código Napoleão, esse monumento jurídico da modernidade que corresponde ao ápice daquilo que era entendido como “ciência da legislação”. Para Norberto Bobbio (1995, p. 65-66), o código era um instrumento de ultrapassagem da pluralidade de regulamentações que era própria do período anterior ao Estado nacional, uma garantia de que a legislação seria racional, isto é, dotada de comandos que primam pela brevidade e pela clareza – acessíveis, portanto, a qualquer cidadão, ao contrário dos calhamaços doutrinários restritos à erudição (e às cavilações) dos juristas.<sup>7</sup>

Em sua substância, a codificação disciplinou de forma breve e parcimoniosa a distribuição dos bens, consagrando os procedimentos mercantis de alocação de riqueza. Com respaldo legal, e sob a forma jurídica da autonomia privada, é o próprio mercado que define como se dará a disposição do patrimônio. Ao formalizar características como a unidade do agente que se engaja em relações jurídicas (sujeito único, anulação das estratificações), a uniformidade da base normativa para as transações (ordenação sistemática dos fundamentos legais) e o objetivismo nos atos voluntários (a lei não governa o homem concretamente, e sim a sua atividade objetiva, os seus atos de vontade, sejam eles civis, comerciais ou penais), o direito codificado mostrou-se deveras adequado às finalidades do Estado liberal (TARELLO, 2008, p. 29).

A escola da exegese surge, como é cediço, na esteira da codificação napoleônica, trazendo como principal postulado a igualação entre o direito civil e o código civil. Os institutos jurídicos já não seriam concebidos como derivações de uma razão transcendente ou como componentes do legado da tradição romana, e sim como criações oriundas de uma deliberação legislativa que toma a forma de um corpo sistemático de normas. No caso do código, entendeu-se que se tratava de diploma legal autossuficiente, de um texto normativo a ser apreciado

---

<sup>7</sup> “No século XVIII, afirma-se um poder político com pretensões de legislar e centralizar o poder de produção do direito. Aos poucos as diversas fontes (costumes, estilos de julgar dos tribunais, doutrina) se transformam em fontes subsidiárias e auxiliares (...). O século é também marcado pela queixa generalizada contra os excessos de sutileza e as cavilações dos juristas, levando a uma busca de simplicidade e objetividade bem expressa no movimento pela codificação do direito” (LOPES, 2021, p. 215).

exegeticamente, sem qualquer apelo a razões externas ao texto, ainda que não fosse essa a perspectiva original dos juristas que participaram da codificação (GORDLEY, 2013, p. 197).

Norberto Bobbio (1995) apontou cinco causas elementares que explicam o advento da escola da exegese: i) o fato da codificação, que institui o código como fonte principal para a solução de conflitos jurídicos; ii) a mentalidade dos juristas, voltada para o princípio da autoridade (exaltação do poder soberano e da vontade do legislador); iii) a doutrina da separação dos poderes, entendida num sentido hostil à criatividade dos juízes, já que qualquer julgamento destoante da letra da lei seria uma usurpação de competência e um atentado contra o desejo do legislador;<sup>8</sup> iv) o princípio da certeza do direito, referente às expectativas dos jurisdicionados em face da aplicação da lei; v) a pressão do regime napoleônico sobre as instituições de ensino superior na França, e que culminou na paulatina eliminação das doutrinas de cunho jusnaturalista, consideradas inúteis e eventualmente perigosas.

A terceira e a quarta causa, na listagem de Bobbio, são as que nos interessam mais de perto. Nos primórdios da codificação, a fidelidade ao código é entendida como respeito à soberania popular. O povo, representado pelo legislador, é ideologicamente retratado como portador de uma vontade a ser cumprida, a exemplo da vontade dos contratantes e testadores nas relações entre os particulares. A própria representação legislativa remete ao instituto do mandato, uma categoria de representação de interesses que se origina da autonomia privada. O sistema eleitoral que engendra a composição das casas legislativas, conforme constata Michel Miaille (1978, p. 205), tomou emprestado do direito privado o conceito jurídico de mandato enquanto delegação volitiva de poderes.

Em adendo, o chamado princípio da certeza do direito corresponde à exigência de segurança jurídica,<sup>9</sup> exigência que “faz com que o jurista deva renunciar a toda contribuição criativa na interpretação da lei, limitando-se simplesmente a tornar explícito, através de um procedimento lógico (silogismo), aquilo que já está implicitamente estabelecido na lei” (BOBBIO, 1995, p. 80). Assim, a escola da exegese ostentava os traços mais fortes do formalismo que impregnava o pensamento juspositivista no instante histórico do seu

---

<sup>8</sup> No artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (FRANCE, 1789), consta solenemente registrado que “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não seja assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição”. Esse rigorismo concernente à divisão dos poderes foi um ponto programático fundamental da Revolução Francesa, e certamente mais acentuado na tradição do *civil law*.

<sup>9</sup> Arthur Kaufmann (2007) pontua que a segurança jurídica pode significar tanto a segurança por meio do direito (proteção contra danos, como violência e inadimplemento) como a segurança do próprio direito, no sentido da garantia da sua cognoscibilidade, aplicabilidade e efetividade (exequibilidade protegida do arbítrio decisório e do câmbio normativo excessivo). Contudo, a segurança no primeiro sentido depende, de acordo com o autor, da segurança no segundo sentido.

nascimento. Se o direito nada mais é do que o que está escrito num texto legal claro e racional como o código, não se poderia esperar da ordem jurídica nada que ultrapasse ou contrarie aquilo que foi textualmente posto pela autoridade. Daí o descaso típico dos formalistas em face dos efeitos da vontade legal, tal como descrito por Manuel Atienza: “a própria aplicação do Direito vai aparecer também como uma operação lógica, cuja conclusão será o resultado de uma série de processos dedutivos e onde os aspectos de caráter sociológico, psicológico, ético, etc., não desempenharão qualquer papel”, pois o que importa é “que as decisões sejam adaptadas de acordo com as normas pré-estabelecidas (em leis ou em precedentes) e não que produzam consequências que possam considerar-se adequadas” (ATIENZA, 2014, p. 262).

Na medida em que estão em jogo questões de elevada importância para a sociedade moderna, e isso ainda na atualidade, como a legitimação democrático-liberal da autoridade centralizada na forma de um poder soberano, bem como a demanda por previsibilidade e calculabilidade das decisões judiciais, não surpreende que as correntes formalistas e textualistas do pensamento jurídico não tenham desaparecido. Levando-se em conta o discurso de autores contemporâneos como Tom Campbell,<sup>10</sup> sem falar nas incontáveis posições doutrinárias alinhadas a essa perspectiva na dogmática jurídica<sup>11</sup>, constata-se que o apelo à força vinculante do texto na determinação do direito – com amparo nos motivos de legitimidade e de certeza sobre aquilo que é juridicamente devido – é uma figura permanente da modernidade jurídica (nunca foi inteiramente abandonada e nem se vislumbra o abandono total dessa exigência).

### **3. SEPARAÇÃO DE PODERES, CETICISMO E INTERVENCIONISMO**

Na época do Estado liberal, a atividade judicial considerada legítima era aquela que se colocava como mera enunciação de um direito já criado, ou como mediação lógica entre as proposições gerais das normas (como o código) e os fatos concretos a serem subsumidos, de tal modo que, nessa operação, não haveria nenhuma criação de direito propriamente, e sim a

---

<sup>10</sup> Campbell (2004, p. 87) preconiza um “positivismo democrático”, impulsionado pelo ideal de que “os cidadãos têm o direito à expectativa de que as leis signifiquem o que elas dizem” e de que “as legislaturas têm o dever de promulgar leis que possam ser compreendidas, observadas e aplicadas com base no significado contextualmente evidente das palavras”, isto é, “sem que se recorra à especulação, à avaliação controversa e ao cálculo político”.

<sup>11</sup> Pode-se dizer que a redução completa do raciocínio jurídico ao esquema silogístico da subsunção já não é admitida no seio da dogmática jurídica. No entanto, ainda se encontra com toda força na produção doutrinária, mesmo que implicitamente, o modelo dogmático do legislador racional, que é um legado direto da tradição formalista, a qual tem como pressuposto a clareza suficiente dos documentos normativos. Cf. SANTIAGO NINO, 2010.

declaração lógico-formal do direito já dado na legislação (ou na jurisprudência, se considerarmos o *common law*). Na teoria do direito, essa concepção cognitivista (interpretação como ato de conhecimento) correspondia a uma atitude formalista, já que o saber jurídico se refugiava na concatenação e na classificação dos conceitos legais conforme uma postura pretensamente neutra, indiferente às consequências sociais e aos objetivos políticos. No final do século XIX, todavia, houve um intenso questionamento desse modelo, que foi criticado pelo seu conservadorismo insensível às exigências de uma nova época, sendo que essa crítica ensejou uma importante inflexão metodológica no pensamento jurídico (MARANHÃO, 2013, p. 17).

Essa reviravolta ficou conhecida como um fenômeno de “revolta contra o formalismo”, conforme a expressão de Morton G. White, sendo que tal guinada teve como cenário a intensa modificação nas funções da legislação e da administração na sociedade moderna, especialmente no que concerne o crescimento da intervenção estatal para fins de provisão de serviços públicos e de dirigismo econômico (CAPPELLETTI, 1993, p. 35). Assim, entrou em cena uma contundente percepção de que o juiz precisaria ser um elemento de ajuste do direito à realidade social, adequando os institutos clássicos do direito liberal às finalidades de governo. E para dar conta dessas necessidades, o Judiciário foi convertido numa potência governamental auxiliar que poderia contornar as dificuldades decorrentes do legado liberal.

Um importante indicador do declínio do formalismo e da ascensão de uma nova racionalidade jurídica foi o esgotamento do método exegético na França e sua substituição pela chamada “livre pesquisa científica”. Segundo François Génay, principal representante dessa escola, a vontade do legislador não poderia ser projetada sobre eventos posteriores à deliberação legislativa. Os autores da lei não poderiam ter considerado fatos que sucederam a sua época histórica, razão pela qual caberia ao juiz “passar da interpretação para a investigação científica livre para edificar – não arbitrariamente, mas consoante a história, os dados sociais e as ideias do momento – a solução conveniente à equidade e às necessidades em questão” (BERGEL, 2006, p. 330).

A emergência de uma escola de “livre pesquisa científica” na França na viragem para o século XX, movimento de algum modo aparentado à “escola do direito livre” na Alemanha e à “jurisprudência sociológica” nos EUA, é sintomática em relação à insatisfação com as teorias que ignoram o papel inventivo dos juízes na construção ordinária do direito e que insistiam numa descrição da ordem jurídica que tentava ajustá-la, artificialmente, a certos cânones liberais que já não encontravam ressonância na prática social. O que se observou naquele

instante foi tanto um ostensivo realce da participação e da responsabilidade dos juízes na conformação do direito<sup>12</sup> (na contramão do formalismo, da racionalidade dedutivista) como uma revisão das características dos principais institutos jurídicos, e que se deu sob o prisma do direito público<sup>13</sup> (na contramão do privatismo liberal).

Esses atributos antiformalistas estão condensados na obra de Oliver Wendell Holmes Jr., que foi o grande precursor do realismo jurídico e um ferrenho opositor dos rumos da Suprema Corte dos EUA durante a “Era Lochner”<sup>14</sup>. Contestando a adesão cega aos precedentes e às armações conceituais do passado, Holmes (2002, p. 432) sustentou que os juízes deveriam ponderar considerações de benefício social, privilegiando a finalidade prática do direito no instante da sua aplicação, sob pena de desarticular a fundamentação dos julgamentos que proferem. Nessa óptica, a deferência em relação às deliberações do passado (a vontade do legislador, a consolidação do precedente) perde o sentido, a judicatura adota um olhar prospectivo e geral sobre os problemas, tal como caberia à administração e ao poder legislativo.

As dissidências de Holmes como juiz da Suprema Corte são usualmente vistas como um protesto contra a aplicação mecânica e irrefletida da lógica jurídica na virada do século, num momento em que se colocava a necessidade de adaptação perante um novo ambiente econômico e social. As posições majoritárias na Suprema Corte, para Holmes, significavam uma frustração judicial da vontade popular por mudanças no direito – no caso, uma frustração sob o pretexto de observância à lógica original das categorias jurídicas (COTTERRELL, 1989, p. 203).

Conhecido por postular que a vida do direito manifesta-se muito mais na experiência do que na lógica, Holmes (2002, p. 431) entende que o elemento lógico da decisão judicial reside apenas na sua linguagem, na sua enunciação, já que, por trás do raciocínio formalizado, há um julgamento sobre o valor relativo e sobre a importância de fundamentos legislativos que

---

<sup>12</sup> “E assim o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma ‘neutra’. É envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa. E a experiência ensina que tal abertura sempre ou quase sempre está presente” (CAPPELLETTI, 1993, p. 33).

<sup>13</sup> “A profunda transformação da sociedade industrial e a necessidade de acomodação de novos conflitos entre classes levaram os tribunais e os juristas a revisar os conceitos tradicionais baseados na moralidade liberal, introduzindo novas figuras como a responsabilidade objetiva, a extensão da propriedade a bens incorpóreos, as restrições ao direito de propriedade a partir de interesses públicos (ou do Estado), o abuso de direito, a boa-fé objetiva e o equilíbrio das relações contratuais (em particular nas relações trabalhistas)” (MARANHÃO, 2013, p. 18).

<sup>14</sup> No período que se estende de 1890 a 1937, predominou na Suprema Corte a chamada “Era Lochner”, marcada por um forte ativismo do tribunal em defesa do liberalismo econômico, da sacralização da livre iniciativa e da propriedade privada (em especial no caso *Lochner vs. New York*, de 1905). Essa orientação deu ensejo a duros embates com as políticas intervencionistas do governo Roosevelt. Cf. VANDERVELDE, 2011; RANIERI, 2013.

concorrem entre si. E ainda que tal juízo ocorra de modo inarticulado e inconsciente, ele não deixa de ser a raiz e o nervo de todo o procedimento decisório.

Nesse tipo de abordagem, o Judiciário é lançado no centro da definição de direito. Se não há uma determinação prévia daquilo que conta como direito, dada a insuficiência das normas gerais e das inferências lógicas no tocante à vida prática, conclui-se que a única racionalidade possível a ser buscada no domínio jurídico é a regularidade de comportamento dos magistrados – um “fato bruto” empiricamente mensurável, portanto. O objeto de estudo da ciência jurídica, em Holmes (2002, p. 426), consiste na “predição da incidência do poder público por meio do auxílio dos tribunais”. Desse modo, o fenômeno jurídico não pode ser racionalmente antecipado em proposições normativas concatenadas, mas pode ser profetizado segundo as estatísticas das decisões judiciais.<sup>15</sup>

Uma teoria como essa só poderia nascer numa época em que o poder público deixa de agir apenas como autoridade que zela pela coexistência dos direitos e liberdades individuais e começa a se posicionar como potestade condutora da ordem social. Quando o cânone liberal cede lugar a uma administração estatal quase onipresente, essa profusão de disposições jurídicas dá corpo a uma legislação em sentido material – decretos, regulamentos, portarias, instruções normativas etc. – que chega a ofuscar, de certa maneira, a legislação formal – leis em sentido formal, ou seja, disposições emanantes das assembleias legislativas (BERGEL, 2006, p. 46). E mais: o controle dessa abrangente normatização é feito pelo próprio Estado, seja pelos procedimentos internos dos órgãos encarregados, seja pelo Judiciário, que é, igualmente, parte da totalidade estatal – e que se incumbe de efetivar as disposições gerais do Estado por meio da provocação dos jurisdicionados. Esse pronunciado “estatismo” do início do século XX não apenas infundiu a hegemonia dogmática do direito público sobre o direito privado, como ainda propiciou a abstração da norma jurídica: para além da lei enquanto ato parlamentar, o direito positivo compreende qualquer manifestação normativa da autoridade estatal, das disposições administrativas à produção de decisões judiciais.

A lei como expressão da vontade popular (ou da nação), tal como se tem no paradigma liberal clássico, tornou-se uma noção enfraquecida na passagem para o século XX. A nação, enquanto categoria jurídico-política, experimentou um esvaziamento naquele período: não

---

<sup>15</sup> O realismo jurídico de Alf Ross deu continuidade a essa orientação (a teoria do direito como uma ciência social empírica), o que se nota, particularmente, na noção do ordenamento jurídico como um “sistema vigente de normas”, assim entendido como “o conjunto de normas que efetivamente operam na mente do juiz”, sendo que tal vigência poderia ser objetivamente testada por meio da predição das decisões judiciais (ROSS, 2000, p. 59). Desenvolve-se, com isso, um fundamento naturalista (empirista) para a ciência do direito (MARANHÃO, 2013, p. 22).

porque o Estado nacional estivesse enfraquecido (ao contrário, ele se encontrava no seu apogeu), e sim porque, ao aperfeiçoar o seu maquinário administrativo, a autoridade estatal diluiu os elementos concretos (históricos e políticos) da comunidade nacional na impessoalidade da burocracia. “A impessoalidade jurídica, liberada de qualquer implicação histórico-política, prevalece na sistematização do direito, que por isso se torna exclusivamente direito do Estado” (PALOMBELLA, 2005, p. 145). Nessa ordem de considerações, a legislação já não é ostentada como a volição formalizada de um povo soberano por meio dos seus representantes: ela assume a feição muito mais modesta e desencantada de um conteúdo que integra a estrutura hierárquica do Estado.<sup>16</sup> Tem-se aí a passagem de um Estado legislativo (ou legiferante) para um Estado cada vez mais administrativo.

Nesse processo em que Estado e direito parecem fundir-se numa única entidade, a doutrina da separação de poderes sofrerá um abalo importante, sobretudo a partir das posições de Hans Kelsen. Contrariando o discurso liberal até então dominante na teoria jurídica, o jurista nascido em Praga atreveu-se a dizer que o conceito de “separação de poderes”, ao pressupor três funções distintas e coordenadas do Estado segundo uma delimitação rígida, seria irreal, incompatível com os fatos da realidade. Como fundamento, alegou que “não há três, mas duas funções básicas do Estado: a criação e a aplicação do Direito”, acrescentando que essas funções, sendo infra e supra-ordenadas, distinguem-se de um modo apenas relativo, pois a maioria dos atos do Estado são, “ao mesmo tempo, atos criadores e aplicadores de Direito” (KELSEN, 2000, p. 386).

Kelsen (2000, p. 386) assevera que nenhuma ordem jurídica da modernidade se acha desprovida de tribunais e autoridades administrativas habilitadas para estabelecer normas jurídicas gerais. A função legislativa, assim entendida como aptidão para estatuir normas gerais, está distribuída pelos diversos órgãos do Estado, inclusive nos órgãos judiciais<sup>17</sup>, mas se cria a aparência de uma separação de poderes na medida em que somente as normas gerais pelas casas legislativas são nomeadas como leis (KELSEN, 2000, p. 390).

---

<sup>16</sup> Daí o predomínio, naquele período histórico, do entendimento de que a interpretação jurídica deve atribuir às normas um sentido objetivo, independente das intenções dos seus autores. Confirma-se, a título ilustrativo, a seguinte formulação de Carlos Maximiliano (2003, p. 25): “com a promulgação, a lei adquire vida própria, autonomia relativa; separa-se do legislador; contrapõe-se a ele como um produto novo; dilata e até substitui o conteúdo respectivo sem tocar nas palavras”.

<sup>17</sup> De acordo com Kelsen (2000, p. 389), os tribunais cumprem uma função legislativa quando exercem a competência de anular leis inconstitucionais e decretos ilegais. Até mesmo a criação de um precedente judicial é admitida pelo autor, nos casos em que há competência para tanto, como uma norma geral comparável aos dispositivos estatutários que se originam dos parlamentos.

No entanto, as decisões jurídicas, ao fixarem normas individuais, são também qualificadas por Kelsen como produção de direito. Em sua perspectiva, a função judicial é, tal como a função legislativa, um mecanismo em que a criação e a aplicação de normas jurídicas são realizadas como atividades simultâneas. Sob o ponto de vista da dinâmica jurídica, “a norma individual criada pela decisão judicial é um estágio de um processo que começa com o estabelecimento da primeira constituição” e que é “continuado pela legislação e pelo costume”, um processo em que “os estatutos e as leis consuetudinárias são, por assim dizer, apenas produtos semimanufaturados, acabados apenas através da decisão judicial e da sua execução” (KELSEN, 2000, p. 196).

Na visão normativista, em que se supõe a existência de uma recriação constante do direito mediante uma dinâmica de exercício de competências normativas que vai das normas gerais e abstratas às normas individuais e concretas, a imagem do ordenamento como uma construção escalonada de normas substitui o dogma da tripartição de poderes, enfatizando a unidade jurídica da autoridade estatal. Vale mencionar, nesse sentido, a crítica de Adolf Merkl à teoria dos poderes do Estado, a qual acabaria por isolar e hipostasiar os três poderes, como se fossem três forças independentes e iguais entre si, uma trindade da pessoa do Estado que fragmenta a sua unidade sistemática. Na contramão das leituras montesquianas, “a descoberta da construção escalonada do direito dissolve os fenômenos dos poderes particulares do Estado”, uma vez que tais poderes (“complexos de funções”) “não são separados uns dos outros pelo direito, mas somente pela ciência do direito” (MERKL, 2018, p. 298).

E uma vez que o ato de julgar assume as feições de um exercício de competência normativa para a criação de uma norma individual, segue-se daí que a aplicação judicial das normas gerais na prática decisória não se diferencia, substancialmente, da estipulação de uma norma geral. Para Kelsen, a “aplicação” de uma norma geral a um caso concreto não se dá como uma inferência lógica (como operação do pensamento), mas antes como um ato de vontade, já que toda imposição de norma (geral ou individual) decorre de uma deliberação, algo típico de um direito que é posto pela autoridade (KELSEN, 1986, p. 296). Resulta desse raciocínio a concepção da atividade judicial como prática discricionária, o que acabou por atualizar a própria concepção de direito contida no juspositivismo. Para além de se apoiar no reconhecimento de fontes sociais, na objetividade dessas fontes e na separação conceitual entre direito e moral, o positivismo jurídico incorporou a chamada tese da discricionariedade: “Naquilo que não for claramente indicado pelas regras, as autoridades convencionadas têm poder para determinar o conteúdo, inclusive com base em razões extrajurídicas” (MARANHÃO, 2012, p. 39).

Sob o positivismo jurídico da primeira metade do século XX, sobretudo no positivismo de matriz kelseniana, conclui-se que a produção de decisões judiciais não poderia justificada em seu mérito por meio de uma interpretação racional, uma vez que a interpretação seria sempre um expediente volitivo e subjetivo do julgador, um elemento cientificamente incognoscível. Haveria, sob essa óptica, uma irracionalidade imanente ao conteúdo dos julgados concretos, um subjetivismo puro a ser descartado em nome do conhecimento seguro sobre a cadeia normativa que valida das decisões. Nesse sentido, Habermas (1997, p. 251) aponta o tratamento bastante superficial, particularmente notórios nos casos difíceis, que as teorias positivistas dedicam à interpretação jurídica: sob o pretexto da abertura da linguagem natural presente nas normas, conclui-se que o espaço de indeterminação do direito só poderia ser preenchido com o arbítrio pessoal do juiz.<sup>18</sup>

A admissão da discricionariedade será um ponto-chave no problema da determinação do direito. Ao se assumir que o ponto de partida da criação do direito reside nos desejos, políticas e preferências dos tomadores de decisões (*decision-makers*), até mesmo no âmbito judicial, o que predomina é uma compreensão cética sobre a racionalidade da prática jurídica<sup>19</sup>. Sob esse ceticismo, a doutrina passa a ser vista como menos importante do que os agentes que a criam; o que os juízes fazem torna-se mais importante do que a argumentação que eles utilizam para justificar suas decisões; os valores só são tomados como relevantes na medida em que representam preferências particulares daqueles que são mais influentes no processo decisório; e os resultados jurídicos, por fim, são entendidos como reflexos de uma configuração de poder, e não de valores sociais mais abrangentes (COTTERRELL, p. 1989, p. 183).

#### **4. SEPARAÇÃO DE PODERES, RAZOABILIDADE E ESTADO REGULADOR**

A segunda metade do século XX foi, para a teoria do direito, um período de renovação, e que teve como pano de fundo a consolidação de um Estado administrativo e a sua posterior

---

<sup>18</sup> “De discricionariedade, note-se, neste sentido: no sentido de que, no domínio da administração ou no da jurisdição, a convicção pessoal (particularmente, a valoração) de quem quer que seja chamado a decidir, é elemento decisivo para determinar qual das várias alternativas que se oferecem como possíveis dentro de certo ‘espaço de jogo’ será havida como sendo a melhor e a ‘justa’” (ENGISCH, 2001, p. 227-228).

<sup>19</sup> O ceticismo jurídico aparece com mais força no realismo estadunidense, em especial no pensamento de Jerome Frank, para quem o direito é uma contínua criação do juiz e uma obra exclusiva do magistrado, de modo que noções como segurança jurídica, ou como regras prévias que deveriam dirigir a atuação dos magistrados, seriam ilusões pueris. Confira-se a explanação de Bobbio (2001) acerca da visão realista do direito como eficácia normativa.

conformação num Estado regulador. Essa nova feição do poder estatal foi determinante para uma releitura da doutrina da separação dos poderes e, por conseguinte, para uma nova apreciação das possibilidades de determinação prática do direito.

A passagem da ideia de direito como mera ordem coercitiva, baseada em órgãos normatizados que produzem normas, para a sua compreensão como um aparato de orientação para o agir, é própria de uma nova época. O declínio do intervencionismo verificado na globalização não levou a um retorno completo do marco liberal do século XIX, mas certamente comprometeu as premissas do Estado como força motriz da economia e da própria sociedade civil. O que se percebe é um cenário “intermediário” entre o privatismo liberal e o publicismo intervencionista, ainda que com um certo predomínio do elemento (neo)liberal: “o setor privado retoma terreno e assume funções típicas do Estado, que passa a ter função reguladora e indutora de comportamentos para a proteção do interesse público”, e isso implica um Judiciário que avalia o modo como as autoridades ponderam interesses individuais, setoriais e coletivos (MARANHÃO, 2013, p. 27).

Pode-se encontrar no pensamento de Herbert Hart uma primeira elaboração no sentido de secundarizar o aspecto coercitivo da autoridade e de priorizar o seu papel norteador, o que se inicia com a crítica da imagem imperativista do direito. Rechaçando a leitura da norma jurídica como um comando soberano, Hart (1994, p. 40) afirma que algumas das figuras mais familiares da vida social seriam inexplicáveis sob uma perspectiva que reduz o direito a deveres imponíveis por meios coercitivos. Muito mais do que fixar deveres, a autoridade atribui poderes públicos e privados que abrem caminho para a persecução de determinados fins, sendo que essa abordagem “rebaixa” o status da sanção na teoria do direito. Nesse tipo de leitura, a permissão já não é uma categoria deontologicamente residual (o campo daquilo que não é nem obrigatório e nem proibido); o que se percebe é o aumento exponencial, sobretudo na passagem para o Estado regulador, de disposições normativas que viabilizam práticas sociais ao invés de simplesmente punir o comportamento indesejado.<sup>20</sup>

O Estado regulador não é nem o Estado mínimo (protetor das liberdades individuais), nem o Estado social (promotor de benefícios sociais) e nem o Estado interventor (agente que substitui o espontaneísmo do mercado em domínios econômicos estratégicos, atuando como

---

<sup>20</sup> Daí o horizonte do ponto de vista interno do direito que é defendido por Hart, no qual se tem um agente que encontra nas regras não apenas um mal a ser evitado (a sanção, o castigo), mas principalmente uma referência para a realização de objetivos. A regra já não consta como ameaça, e sim como “*indicador* de um caminho no qual nos iniciamos e que devemos, se entendemos a regra, continuar por nossa própria conta” (LOPES, 2021, p. 77).

um empresário), mas antes um gestor universal de atividades humanas que se realizam num contexto de aproximação entre a esfera pública e a esfera privada (FERRAZ JR., 2007, p. 542). O caso das agências reguladoras é exemplar: o Estado abstém-se de prestar serviços de interesse público e os confia a entidades privadas, as quais se submetem a um regramento que pretende conciliar a lógica empresarial da iniciativa privada com certos objetivos de satisfação de necessidades coletivas.

Avelãs Nunes sustenta que, em seu discurso, o Estado regulador propõe-se a salvaguardar o interesse público na atuação dos agentes econômicos, fazendo-o nos marcos de uma política geral de enaltecimento da concorrência de mercado. Todavia, em especial no que concerne a atuação das agências reguladoras, o Estado apenas responde aos processos de privatização das suas atribuições sociais, agindo como um aparato tecnocrático que impõe um determinado receituário econômico com a autoridade dos “especialistas”, e sem que tais agentes sejam suficientemente submetidos a um controle democrático (NUNES, 2007, 13-14).

Com o advento do Estado regulador, a teoria tradicional da separação de poderes continuou a ser objeto de suspeição. As elaborações contemporâneas não chegam a negar a famosa divisão, mas a combatem em sua acepção rígida, montesquiana, impondo-lhe um pronunciado revisionismo. “Apesar de sua grandeza”, avalia Bruce Ackerman (2014, p. 14), “Montesquieu não tinha nenhuma noção sobre partidos políticos, política democrática, desenhos constitucionais modernos, técnicas burocráticas contemporâneas e as ambições específicas do moderno Estado regulatório”.

Segundo o autor contemporâneo, o pensamento trinitário de Montesquieu “nos mantém cegos para o surgimento, em nível mundial, de novas formas institucionais que não podem ser categorizadas como legislativas, judiciárias ou executivas” (ACKERMAN, 2014, p. 15). Esse seria o caso de alguns centros de poder independentes, como as comissões eleitorais e os bancos centrais. Os exemplos citados indicam que certos órgãos estatais não poderiam ser enquadrados, rigorosamente, em nenhum dos três poderes tradicionais, correspondendo, na realidade, a instâncias autônomas de regulação.

No panorama singular estabelecido a partir da segunda metade do século XX, surgiram teses que visualizam quatro seções principais para as instituições políticas do Estado (legislatura, governo, máquina administrativa e sistema judicial), e que apontam quatro funções abstratas em relação às regras jurídicas (criação de regras, uso discricionário de regras, aplicação administrativa e aplicação judicial das regras); no entanto, não se supõe que cada uma dessas funções possa ser alocada exclusivamente num único ramo da autoridade estatal (VILE,

1998, p. 400-402). Um caso que nos parece representativo é o do Tribunal Superior Eleitoral brasileiro, que combina em si as quatro atribuições: estabelece resoluções eleitorais que funcionam como normais gerais, promovem campanhas políticas de engajamento nos pleitos eleitorais, organizam administrativamente as eleições e julgam os litígios que são próprios do processo eleitoral.

De forma semelhante, um jurista como Adrian Vermeule coloca em destaque o funcionamento das agências reguladoras, entidades que frequentemente combinam poderes para criar regras vinculantes, exercer funções persecutórias relacionadas a essas regras e decidir se elas foram ou não violadas (VERMEULE, 2016, p. 63). Inclusive, de acordo com o autor, tais agências não só consolidaram seu próprio espaço de criação, interpretação e aplicação de direito, como ainda contam com uma atitude crescente de deferência por parte do Judiciário no que diz respeito à sua atividade jurídica.<sup>21</sup>

Seja como for, independentemente da relação entre o Judiciário e as agências reguladoras, nota-se com clareza que o conceito de separação de poderes foi repensado no âmbito jurídico. Vermeule (2016, p. 56) assinala que a maioria dos juristas e juízes, trabalhando com a lógica interna do direito no contexto de um Estado administrativo, concluíram que a separação de poderes não deveria ser vista como uma restrição sagrada a ser estritamente obedecida. Ela não deveria ser idolatrada, acolhida na forma de um comando inviolável, e sim otimizada, cotejada com outros bens e considerações.

A noção de separação de poderes, portanto, assume um caráter mais flexível. Ocorre uma releitura da doutrina clássica, numa atitude que difere da simples impugnação kelseniana em nome da unidade orgânica do Estado – até porque essa unidade já não é tão evidente numa época de fortalecimento de poderes institucionais independentes, seja na esfera nacional (agências reguladoras), seja na esfera internacional (pluralismo jurídico num mundo globalizado, a começar pela *lex mercatoria*).<sup>22</sup> E sob essa referência de flexibilidade ou relatividade da separação de poderes, a aplicação do direito afasta tanto o formalismo da época liberal como o ceticismo da época intervencionista. Desenvolve-se um espectro de tendências

---

<sup>21</sup> Vermeule (2016, p. 66) observa que a Suprema Corte dos EUA “acredita que as agências têm uma *expertise* especial sobre o significado das regras que elas mesmas criaram, e que – o que é ainda mais importante – como a interpretação não é nitidamente separável da elaboração de políticas, tem-se que o poder de interpretar regras é um componente necessário da *expertise* de elaboração de políticas das agências no que diz respeito a um dado problema ou a uma dada indústria”.

<sup>22</sup> A inovação jurídica na economia globalizada, impulsionada por práticas descentralizadas que dão corpo a um costume comercial, passa muito mais pelos novos tipos contratuais de raiz transnacional (*leasing, franchising, trust* etc.) do que pelas iniciativas legiferantes dos Estados nacionais. Sobre esse componente de “desordem” no modelo clássico direito, confira-se LORENZETTI, 2010.

compromissórias, de posições que concebem a atividade dos juízes como um espaço razoavelmente determinável, em que os extremos (o dedutivismo lógico e a discricionariedade absoluta) são prontamente recusados.<sup>23</sup>

Vale conferir o posicionamento hartiano sobre o assunto em comento. Para o autor britânico, a longa tradição europeia e a doutrina da divisão dos poderes “dramatizam a distinção entre o Legislador e o Juiz”, insistindo na concepção do magistrado como simples “porta-voz” do direito, isto é, como operador que o põe em ação sem criá-lo ou moldá-lo (HART, 1994, p. 337). Contra essa representação do juiz, Hart (1994, p. 336) aponta a existência de poderes judiciais de criação do direito, poderes que são exercidos sob constrangimentos consideráveis (maiores do que aqueles que incidem sobre a criação legislativa do direito) e de maneira intersticial (não seria dado aos juízes efetuar reformas em larga escala).

Segundo Hart (1994, p. 143), todos os sistemas jurídicos chegam a um compromisso entre duas necessidades sociais: de um lado, fixar grandes zonas de conduta nas quais os indivíduos privados aplicam as normas a si próprios com segurança jurídica; de outro, deixar em aberto, para decisão oficial posterior, algumas questões que só podem ser apreciadas e resolvidas de modo adequado quando surgem nos casos concretos. Alguns sistemas jurídicos, em dados períodos, pecariam por realizar sacrifícios demasiados em nome da segurança jurídica, empregando uma interpretação excessivamente formalista, desconectada das finalidades sociais – uma rigidez conceitual que seria o paraíso de conceitos dos juristas (formalismo ou conceitualismo), e que faz com que os termos tenham sempre o mesmo significado no corpo normativo; outros sistemas pecariam pelo extremo oposto, permitindo que os tribunais tratem certos temas como sempre em aberto, sempre passíveis de revisão, e com pouco respeito à linguagem legislativa – o que produz uma indeterminação exagerada do direito.

Para Hart, pois, nem a determinação absoluta do direito e nem a sua indeterminação absoluta se justificam. “O formalismo e o ceticismo sobre as regras são os Cila e Caríbdis da teoria jurídica; são grandes exageros, salutares na medida em que se corrigem mutuamente, e a verdade reside no meio deles” (HART, 1994, p. 161). O equilíbrio residiria na noção de “textura aberta” do direito, quer dizer, no reconhecimento de uma margem moderada de inventividade

---

<sup>23</sup> Kenneth Vandervelde (2011, p. 168) entende que o direito perde a sua capacidade de operar como direito nesses extremos. Tratar as disposições jurídicas como mandamentos fixos e absolutos impede qualquer tipo de mudança ou adaptação no tocante aos conflitos, sendo uma prática tão inviável quanto considerar toda regra jurídica como contingente e desprovida de um núcleo essencial (o que faria do direito um mero conjunto de decisões arbitrárias).

jurídica para além da letra da lei e dos precedentes, e que enseja certas áreas de condutas a serem desenvolvidas pelos tribunais e pelos funcionários da administração, cabendo-lhes determinar, à luz das circunstâncias, um equilíbrio entre interesses conflitantes. Essa seria uma solução conciliadora em face do textualismo (o rigor sufocante no tratamento das disposições jurídicas) e da arbitrariedade judicial (a livre escolha de significados para a norma).

A proposta hartiana de uma indeterminação relativa e “suave” do direito parece expressar uma tendência dominante no cenário contemporâneo, a despeito das objeções dworkinianas. Como se sabe, Dworkin recusou a discricionariedade nos casos difíceis, utilizando a famosa metáfora do “Juiz Hércules” para expressar o dever judicial de reconstrução da totalidade de princípios (explícitos e implícitos) de uma ordem jurídica, e que se traduz num método que evitaria a atuação do julgador como o “legislador consciencioso” e subsidiário de Hart. Hércules simboliza o raciocínio jurídico correto nos termos de uma determinada ordem constitucional. Diante de um caso para o qual o sistema jurídico não oferece uma solução clara e imediata, caberia ao juiz ideal desenvolver uma teoria da constituição que compreenda um conjunto complexo de princípios e políticas que justifiquem o sistema de governo, referindo-se alternadamente à filosofia política e aos pormenores institucionais (DWORKIN, 2002, p. 167-168). Nesse esforço, o juiz Hércules testa as leituras possíveis e as coteja com a estrutura institucional mais ampla em busca da melhor interpretação, o que o habilita a alcançar a única resposta correta para o problema que enfrenta.<sup>24</sup>

A alternativa oferecida por Dworkin à discricionariedade moderada de Hart foi bastante combatida. O próprio jurista britânico chegou a se pronunciar, qualificando o colega estadunidense como “o mais nobre dos sonhadores”, como o representante mais destacado do “nobre sonho” de um direito plenamente determinado.<sup>25</sup> Num tom próximo ao da crítica de Hart, Neil MacCormick (2006, p. 345-346) contestou o “ultrarracionalismo” presente na noção de uma única resposta correta para os casos difíceis, já que isso reduziria as divergências jurídicas a meras especulações, esvaziando o papel da argumentação jurídica e conduzindo a um erro simétrico ao irracionalismo de céticos como Ross e Kelsen. E indo além das objeções

---

<sup>24</sup> “Meus argumentos pressupõem que frequentemente há uma única resposta certa para questões complexas de direito e moralidade política. A objeção replica que às vezes não há uma única resposta certa, mas somente respostas” (Dworkin, 2002, p. 429).

<sup>25</sup> Sendo a antítese do “pesadelo” correspondente ao olhar cético do realismo jurídico estadunidense, o “nobre sonho” contém a crença (ou fé) de que, apesar dos erros e aberrações judiciais, pode-se satisfazer a expectativa de que os juízes devem aplicar o direito existente aos casos que solucionam, e não criar um novo direito, mesmo quando o texto presente nas leis e disposições constitucionais não é suficientemente claro e determinado (HART, 1983, p. 132).

anteriores, Ingeborg Maus (2009, p. 287) alega que a introdução dworkiniana de princípios morais no direito, feita a pretexto de oposição ao comportamento aleatório da autoridade e de legitimação da ordem jurídica por meio da fixação de um “direito correto”, só faz aprofundar o problema da indeterminação. Tomando o partido de Hart, a autora defende que a compreensão da decisão judicial como criação jurídica permite um juízo de crítica e correção da atividade do juiz, o que não se verificaria no modelo de Dworkin, em que o direito correto é definido pelo próprio juiz com o recurso a princípios subdeterminados – e inevitavelmente mediados pelo seu senso subjetivo de justiça. Por mais que Dworkin acredite que a sua proposta supera a tensão entre a moral pessoal do juiz e a moralidade comunitária, a qual está inserida na constituição e pressuposta nas leis e instituições da comunidade, não se poderia evitar a preponderância do entendimento particular do julgador sobre o conteúdo daquela moralidade (MAUS, 2009, p. 291). O “Juiz Hércules” estaria condenado, assim, a ser uma racionalização escamoteadora de um arbítrio individual e de uma anulação das linhas que delimitam a juridicidade em face de juízos morais.

O aspecto “aceitável” de Dworkin aos olhos da filosofia jurídica contemporânea consiste na admissão construtivista de que o juiz toma parte na criação do direito (aspecto que retira as ideias dworkinianas de um campo formalista), ainda que o faça com ares de explicitação de algo que já se encontra disponível na ordem jurídica.<sup>26</sup> Nessa ordem de considerações, um jurista contemporâneo como José Rodrigo Rodriguez (2005, p. 298-299) retém de Dworkin a tese de que o juiz deve decidir os casos em observância à dimensão da adequação, ou seja, ele precisa seguir a lógica institucional estabelecida pela tradição, cabendo-lhe não apenas dar continuidade à cadeia de julgamentos, como também refazê-la parcialmente num trabalho construtivo, como ocorre nas sentenças inovadoras. Daí a posição intermediária do autor brasileiro: ao se admitir que o juiz é relativamente (e não absolutamente) livre para julgar, tem-se que a coerência e a justificação das decisões não é um produto automático ou natural das regras estruturais do sistema, e sim o resultado de uma atividade construtiva e passível de controle por uma razoabilidade prática<sup>27</sup> (RODRIGUEZ, 2005, p. 303-304).

---

<sup>26</sup> “Num sentido trivial, é inquestionável que os juízes ‘criam novo direito’ toda vez que decidem um caso importante. Anunciam uma regra, um princípio, uma ressalva a uma disposição (...) nunca antes oficialmente declarados. Em geral, porém, apresentam essas ‘novas’ formulações jurídicas como relatos aperfeiçoados daquilo que o direito já é, se devidamente compreendido” (DWORKIN, 1999, p. 9).

<sup>27</sup> Em sentido similar, ainda que com uma fundamentação distinta, Alexandre Pasqualini (2005, p. 172) postula que a hermenêutica perfaz-se numa oscilação entre o puro objetivismo e o puro subjetivismo. Pode-se encontrar, por conta disso, traços de vinculação e de liberdade em qualquer proferimento interpretativo. A administração dessa dosagem passaria pela sabedoria (*sophía*) e pela prudência (*phrónesis*) do intérprete.

## 5. CONCLUSÃO

A correlação entre as leituras acerca da separação de poderes e as elaborações hegemônicas sobre o caráter da decisão judicial e sobre os níveis de (in)determinação prática do direito nos autoriza a apresentar três períodos que, por sua vez, exprimem tendências próprias dos diferentes perfis de atuação do Estado ao longo da modernidade. Apresentaremos uma síntese nos parágrafos que seguem.

Na época do Estado liberal, a separação dos poderes aparece num formato rígido, fazendo da limitação da autoridade estatal o seu propósito elementar. A legalidade é tomada num sentido estrito, orientando-se pela noção da lei como vontade geral que se exprime no parlamento, e que deve encontrar uma fiel (textual) ressonância nas decisões de juízes que não fazem mais do que vocalizar o comando legal, abstendo-se de quaisquer acréscimos ou decréscimos de ordem interpretativa. Dizer o direito era visto como declarar a lei segundo a vontade do legislador, uma lei que seria racional em si mesma (sobretudo no formato codificado), dispensando o trabalho hermenêutico – o qual seria não apenas supérfluo, como também prejudicial, fonte de um direito paralelo e ilegítimo, concorrente com a autêntica vontade criadora de direito.

Na época do Estado interventor, a separação dos poderes experimenta um considerável desprestígio. Ocorre, no âmbito do direito, um apagamento das fronteiras que delimitavam nitidamente as funções de criação e de aplicação das normas jurídicas. Tudo se dilui na unidade orgânica de um ordenamento jurídico no qual os juízes são órgãos encarregados de criar normas individualizadas a partir de normas gerais e, sobretudo, a partir de um sistema normativo de competências. A liderança ostensiva do Estado na condução de questões de ordem pública exigiu o desenvolvimento de um colossal aparato unificado perante o qual a ideia de uma divisão de poderes soaria artificial, assemelhando-se mais a uma ficção jurídica ou a um capricho doutrinário. Sob o ponto de vista desse tipo de autoridade, a atividade interpretativa do juiz não figura como uma ameaça, mas também não importa em seu conteúdo. O império da discricionariedade em sentido forte encontrava respaldo na competência para julgar no interior de uma estrutura normativa escalonada e no anseio de atualização/dinamização do direito que foi confiado ao Judiciário em detrimento do Legislativo. O modelo discricionário, com efeito, deu vazão a juízos consequencialistas e pragmáticos que, num acerto de contas com a consciência formalista, serviram bem à causa do ajuste do direito ao contexto intervencionista.

Finalmente, com a emergência do Estado regulador, a separação dos poderes é revisitada em seus fundamentos. Num cenário de descentralização das fontes do direito, as diversas funções normativas transbordam os domínios institucionais clássicos. Entidades que, para fins de categorização, não podem ser inseridas com exclusividade no Executivo, no Legislativo e no Judiciário, acabam por exigir uma relativização ou flexibilização do cânone montesquiano: sua doutrina não é de todo afastada, dado que o Estado se vê novamente limitado diante da esfera privada. No entanto, seu grau de incidência é ainda muito maior do que na época do liberalismo clássico. E sob esse Estado regulador, o direito demonstra um nível intermediário de (in)determinação: as posições extremas (o textualismo formalista e a discricionariedade em sentido forte dos céticos) são rechaçadas em nome de um compromisso que amplifica a importância da interpretação jurídica. Quando a aplicação do direito já não é encarada como uma dedução lógica ou como um ato arbitrário de vontade, abre-se mais espaço para as construções interpretativas dos operadores do direito ao longo de uma textura aberta, de um campo delimitado de soluções possíveis e razoáveis, e que se caracteriza por uma discricionariedade moderada. Admite-se que o juiz toma parte na criação jurídica, ainda que sob constrangimentos institucionais mais agudos, e que oneram mais intensamente o dever de fundamentação das decisões judiciais.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. Tradução de Diego Werneck Arguelhes e Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-23, jan./ abr. 2014.

ALTHUSSER, Louis. **Montesquieu, a política e a história**. Tradução de Luz Cary e Luisa Costa. Lisboa: Presença, 1972.

ATIENZA, Manuel. **O sentido do direito**. Tradução de Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar, 2014.

AUSTIN, John. Aulas sobre direito. In: MORRIS, Clarence. (org.). **Os grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito**. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo, Martins Fontes, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão: São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001.

CAMPBELL, Tom. **Prescriptive legal positivism**: law, rights and democracy. London: UCL Press, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

COTTERRELL, Roger. **The politics of jurisprudence**: a critical introduction to legal philosophy. London and Edinburgh, 1989.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FERRAZ JR., Tércio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ JR., Tércio. Estado e indivíduo em um mundo globalizado. In: FERRAZ JR., T. **Direito constitucional**: liberdade de fumar, privacidade, Estado, direitos humanos e outros temas. Barueri: Manole, 2007.

FRANCE. **Déclaration de droits de l'homme e du citoyen de 1789**. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>. Acesso em: 22 ago. 2023.

GORDLEY, James. **The jurists**: a critical history. Oxford: Oxford University Press, 2013.

HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert. American jurisprudence through english eyes: the Nightmare and the Noble Dream. In: HART, Herbert. **Essays in jurisprudence and philosophy**. Oxford: Clarendon Press, 1983.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. Tradução para o português de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HOLMES JR., Oliver Wendell. O caminho do direito. In: MORRIS, C. (org.). **Os grandes filósofos do direito**: leituras escolhidas em direito. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo, Martins Fontes, 2002.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Tradução de Antonio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes: 2000.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de Julio Fischer. São Paulo, Martins Fontes, 1998.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Curso de filosofia do direito**: o direito como prática. São Paulo: Atlas, 2021.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Tradução de Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARANHÃO, Juliano. Por que teorizar sobre a teoria do direito? In: RAZ, Joseph; ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. **Uma discussão sobre a teoria do direito**. Tradução de Sheila Stolz, São Paulo: Marcial Pons, 2013.

MARANHÃO, Juliano. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

MAUS, Ingeborg. **O direito e a política**: teoria da democracia. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MERKL, Adolf. **Escritos de teoria do direito**. Tradução de Matheus Pelegrino da Silva. São Leopoldo: Unisinos, 2018.

MIAILLE, Michel. **L'État du droit**: introduction à une critique du droit constitutionnel. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 1980.

MONTESQUIEU, Charles. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MUÑOZ, Alberto Alonso. **Transformações na teoria geral do direito**: argumentação e interpretação do jusnaturalismo ao pós-positivismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

NUNES, António José Avelãs. Breve reflexão sobre o chamado estado regulador. **Revista Sequência**, Universidade Federal de Santa Catarina, v. 28, n. 54, 2007, p. 09-17. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15064/13731>>.

PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do direito**. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PASQUALINI, Alexandre. Hermenêutica: uma crença intersubjetiva na busca da melhor leitura possível. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.). **Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RANIERI, Nina. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. Barueri: Manole, 2013.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Controlar a profusão de sentidos: a hermenêutica jurídica como negação do subjetivo. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.). **Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000.

SANTIAGO NINO, Carlos. **Introdução à análise do direito**. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

SGARBI, Adrian. **Curso de teoria do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

TARELLO, Giovanni. Ideologias setecentistas da codificação e estrutura dos códigos. Tradução de Ricardo Sontag. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 3, n. 2, p. 05-31, jul./ dez. 2008.

VANDERVELDE, Kenneth. **Thinking like a lawyer: an introduction to legal reasoning**. Boulder: Westview Press, 2011.

VERMEULE, Adrian. **Law's abnegation: from law's empire to the administrative state**. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

VILE, Maurice. **Constitutionalism and the separation of powers**. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.

## **COLONIALIDADE AMBIENTAL NO BRASIL: REFLEXÕES SOBRE SUA CONEXÃO COM OS DISCURSOS DAS COP26, COP27 E COP28 E A PROMOÇÃO POR JUSTIÇA CLIMÁTICA**

*ENVIRONMENTAL COLONIALITY IN BRAZIL: REFLECTIONS ON ITS CONNECTION WITH THE DISCOURSES OF COP26, COP27 AND COP28 AND THE PROMOTION FOR CLIMATE JUSTICE*

Sabrina Lehnen Stoll<sup>1</sup>  
*Universidade Regional de Blumenau (FURB)*

Elenise Felzke Schonardie<sup>2</sup>  
*Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ)*

Doglas Cesar Lucas<sup>3</sup>  
*Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ)*

### **Resumo:**

Este artigo propõe uma reflexão sobre as dimensões do discurso (de)colonial ambiental brasileiro a partir das COP26, COP27 e COP28, com foco na promoção de justiça climática. Isso porque a crise climática — uma das principais consequências da lógica de mercado — gera consequências diretas sobre populações em situação de

---

<sup>1</sup> Doutora em Direitos Humanos pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ), com bolsa da CAPES. Mestre em Direito Público pela Universidade Regional de Blumenau (FURB). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho (AMATRA 12/FURB) e em Direito Público (ESMESC/FURB). Integra o projeto internacional Global Crossings, vinculado à Cátedra Jean Monnet da Universidade Federal de Uberlândia (UFU), e o Centro di Ricerca EuroAmericano sulle Politiche Costituzionali (CEDEUAM), na Itália. Integrante do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos, Governança e Democracia (CNPq). Realizou intercâmbio acadêmico na Università del Salento (Itália). Autora do livro *Direito Fundamental à Proteção Climática*. Professora de Direito Ambiental na Universidade Regional de Blumenau (FURB). Advogada com atuação nas áreas cível, imobiliária, ambiental e trabalhista. E-mail: [sabrinastoll.adv@gmail.com](mailto:sabrinastoll.adv@gmail.com).

<sup>2</sup> Graduada em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ), Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) e Doutora em Ciências Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Realizou estágio pós-doutoral em Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI – Santo Ângelo). Professora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Humanos (Mestrado e Doutorado) e do curso de graduação em Direito da UNIJUÍ. Atua principalmente nas áreas de Direito Ambiental e Direitos Humanos, Direito à Cidade, conflitos socioambientais, sustentabilidade, desigualdades sociais e inclusão social. É membro e vice-líder do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos, Governança e Democracia – MUNDUS (CNPq) e integrante da Rede Internacional e Interdisciplinar sobre as Desigualdades. Advogada inscrita na OAB.

<sup>3</sup> Graduado em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Realizou pós-doutorado em Direito na Università degli Studi Roma Tre (Itália). Professor dos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da UNIJUÍ, atuando também no curso de graduação em Medicina da mesma instituição, e professor do curso de Direito da Faculdade CNEC Santo Ângelo. Coordenador e editor da Coleção *Direitos Humanos e Democracia* (Editora UNIJUÍ). Professor visitante da Universidade Lusófona do Porto (Portugal). Pesquisador do Instituto Jurídico Português (Universidade Portuguesa de Lisboa) e pesquisador colaborador do IBEROJUR, onde coordena a área temática de Direitos Humanos. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) e líder do Grupo de Pesquisa *Fundamentação Crítica dos Direitos Humanos* (CNPq). Desenvolve pesquisas principalmente em Filosofia do Direito, com ênfase em direitos humanos, reconhecimento, diversidade, interculturalidade, minorias, desobediência civil, direito de resistência e democracia.

vulnerabilidade que se encontram na periferia do sistema. Considerando esse ponto, a problematização destaca a perpetuação de práticas colonizadoras na governança ambiental global, que, a despeito de discursos de inclusão, continuam marginalizando vozes do Sul Global, sobretudo as populações indígenas e tradicionais do Brasil. A hipótese sugere uma participação mais ativa do Brasil e do Sul Global nas conferências climáticas, de modo interdisciplinar e com perspectiva decolonial, para desenvolver soluções socioambientais mais equitativas. O objetivo é identificar e compreender as dimensões do discurso (de)colonial ambiental brasileiro com base nas COPs citadas. Metodologicamente, o trabalho de cunho teórico adotou o método de abordagem hipotético-dedutivo, utilizando pesquisa bibliográfica e documental com coleta de dados indiretos e interpretação jurídica com viés sociológico. Conclui-se que o direito internacional, em suas rodadas de negociação, pode ampliar o espaço para os movimentos populares do Sul Global, conferindo-lhes maior poder de escolha e decisão em respeito à sua decolonialidade.

**Palavras-chave:** Colonialidade; COPs; Decolonialidade; Justiça climática; Meio ambiente.

**Abstract:**

This article proposes a reflection on the dimensions of the Brazilian environmental (de)colonial discourse based on COP26, COP27, and COP28, focusing on the promotion of climate justice. This is because the climate crisis — one of the main consequences of market logic — directly impacts vulnerable populations located at the periphery of the system. Considering this, the problematization highlights the perpetuation of colonial practices in global environmental governance, which, despite inclusive discourses, continue to marginalize voices from the Global South, particularly indigenous and traditional populations in Brazil. The hypothesis suggests a more active participation of Brazil and the Global South in climate conferences, in an interdisciplinary manner and with a decolonial perspective, to develop more equitable socio-environmental solutions. The objective is to identify the dimensions of the Brazilian environmental (de)colonial discourse based on the mentioned COPs. Methodologically, the theoretical work adopted the hypothetical-deductive approach, using bibliographical and documentary research with indirect data collection and legal interpretation with a sociological perspective. It is concluded that international law, in its negotiation rounds, can expand the space for popular movements from the Global South, granting them greater power of choice and decision, in respect for their decoloniality.

**Keywords:** Climate justice; Coloniality; COPs, Decoloniality; Environment.

## 1. INTRODUÇÃO

Durante a colonização, em nome da modernidade, a Europa Ocidental ampliou seus horizontes e avançou para vários outros territórios, sempre em busca de alimentar um modelo econômico predatório de dominação e exploração. Nesse ímpeto desbravador europeu, promoveu-se a colonização de povos, culturas, idiomas e, naturalmente, o extrativismo predatório (vegetal, mineral e animal). Desde a exploração da madeira de pau-brasil, no período de seu descobrimento, até atualmente, o Brasil tem sido cenário de discussões, avaliações e transgressões relacionadas aos seus ecossistemas. Isso inclui a exploração das florestas da Amazônia, da Mata Atlântica, do Cerrado e do Pampa, tanto de forma sustentável quanto prejudicial ao meio ambiente, em conjunto com outros recursos naturais.

O que se percebe de todo esse histórico colonizador extrativista mundial é que os países do Sul Global<sup>4</sup>, compreendidos por aqueles ainda em “desenvolvimento”, além de anular

---

<sup>4</sup> Oglesby sustentou que séculos de “domínio do Norte sobre o Sul Global [...] [convergir] [...] para produzir uma ordem social intolerável”. Tal termo ganhou destaque ao longo da segunda metade do século XX, sendo popularizado no século XXI. Apareceu em ao menos duas dezenas de publicações em 2004, e em inúmeras publicações em 2013. O surgimento deste novo termo possibilitou um olhar crítico para o Terceiro Mundo, ou Mundo em Desenvolvimento. O termo ‘Sul Global’, em contraste, pretendia ser menos hierárquico. O Sul Global

sua identidade, são os mais atingidos pela crise ambiental do modelo predatório capitalista eurocêntrico, adotado no mundo até hoje. E é nesse contexto que se espera examinar detalhadamente discursos da Conferência das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas — COP26<sup>5</sup>, COP27 e COP28 — no que se refere à preservação do meio ambiente global e seus reflexos práticos para o Brasil, que de alguma forma se relacionam com o que ainda pode ser chamado de colonialidade ambiental.

O objetivo do presente artigo é identificar e compreender as dimensões do discurso ambiental brasileiro na COP26, COP27 e COP28 por meio de pesquisa bibliográfica. O contexto atual mostra que uma das principais consequências da lógica de mercado é a crise ambiental e climática, que gera consequências diretas a populações vulneráveis em situação de vulnerabilidade, periferia e miséria. O questionamento é como a interdisciplinaridade e a participação do Sul Global, como a do Brasil, nas discussões de direito internacional promovidas pelos *players* da comunidade internacional, como nas COP26, COP27 e COP28, podem contribuir para a solução das questões socioambientais, considerando o fracasso atribuído ao modelo colonizador europeu.

A problemática socioambiental deve ser discutida de maneira global e integrada e, principalmente, ampliando a participação dos mais atingidos, que são os povos do Sul Global, seus movimentos sociais, indígenas e antiescravistas, visto que os danos causados pelo modelo econômico vigente já atingiram patamares de irreversibilidade.

Utilizou-se, na pesquisa, o método hipotético-dedutivo, que compreende um conjunto de análises baseadas em conjecturas formuladas para explicar as dificuldades na solução de um problema de pesquisa. O objetivo é enunciar claramente o problema e examinar criticamente as soluções possíveis. (Marconi; Lakatos, 2022). Sobre o método em questão, convém salientar que as hipóteses, construídas em resposta ao problema de pesquisa formulado, consistem em “respostas provisórias diante dos quadros problemáticos aos quais se dedicam”, de modo que, para serem consideradas consistentes, precisam ser submetidas a um “rigoroso processo de falseamento ou refutabilidade” (Mezzaroba; Monteiro, 2019, p. 90).

Nesse sentido, o estudo parte da premissa de que as soluções apresentadas ao problema de pesquisa formulado são temporárias, na medida em que, se “uma eventual nova teoria responder de forma diferente, ou melhor, ao problema suscitado”, as hipóteses aqui construídas

---

é formado pela África, pela América Latina e o Caribe, pelas Ilhas do Pacífico e pelos países em desenvolvimento da Ásia, incluindo o Oriente Médio (Norte global e sul global, 2020).

<sup>5</sup> O termo COP significa: Convenção Quadro das Nações Unidas Sobre Mudanças Climáticas (*United Nations Framework Convention on Climate Change*) (Organização das Nações Unidas, 2021a).

restarão refutadas (Mezzaroba; Monteiro, 2019, p. 91). Tal perspectiva metodológica parece adequada e suficiente à análise da temática central deste estudo, que se encontra em processo de avaliação/mensuração por diversos pesquisadores no cenário brasileiro.

Os procedimentos adotados envolvem a seleção da bibliografia que forma o referencial teórico deste estudo, sua identificação como produção científica relevante, leitura e reflexão, a fim de relacionar possíveis respostas ao problema proposto. Nesse sentido, a pesquisa foi conduzida a partir de levantamento de produções científicas e legislação/regulação já existentes sobre a temática. Em relação ao método de interpretação dos dados, optou-se pela interpretação jurídica de cunho sociológico, visto que se considera o direito uma ciência em constante transformação.

Além da introdução e da conclusão, o texto está estruturado em duas seções principais. Na primeira seção, o foco está na análise da colonialidade e da decolonialidade relacionadas à questão ambiental em uma perspectiva histórico-evolutiva. A segunda seção, por sua vez, dedica-se ao exame detalhado dos discursos produzidos nas três últimas COPs frente à crise climática em sua dimensão global, mas com efeitos distintos para os diferentes povos.

## **2. A COLONIZAÇÃO E A DESCOLONIZAÇÃO: A COLONIALIDADE E A DECOLONIALIDADE**

Para discorrer sobre a (de)colonialidade ambiental brasileira e sua relação com o discurso da Conferência das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima, (COP26, 27 e 28), faz-se necessário, antes de adentrar à essência das narrativas de preservação ambiental das COPs para o mundo, sobretudo com reflexos ao Brasil, compreender o significado de colonização (colonialismo) e da descolonização, e, por conseguinte, de colonialidade e decolonialidade.

Para tanto, quando se descreve a colonização ou o colonialismo, também é imprescindível que se reflita sobre a descolonização. O nascimento da modernidade, além das contribuições evolutivas e inegáveis propagadas pela sociedade eurocêntrica, trouxe como consequência, conforme Walter Mignolo (2017), o seu lado mais obscuro: a “colonialidade”. Em nome da modernidade, a Europa Ocidental expandiu seus horizontes exploratórios na colonização e avançou para vários outros territórios, sempre em busca de sustentar seu capitalismo e estilo de vida predatórios.

Enrique Dussel (1993) e Aníbal Quijano (2005) demonstram como a formação da modernidade ocidental não ocorreu a partir do esclarecimento na Europa, mas sim da

colonização da América. Para o processo de formação da modernidade europeia, foi preciso que a Europa subjugasse outros povos na América e na África, por meio da criação de uma hierarquização racial do Outro como forma de possibilitar a escravidão.

A Europa, desde os movimentos que desencadearam a Revolução Francesa, tenta impor ao mundo um conceito de modernidade e racionalidade, com a ideia de uma “colonialidade moderna eurocêntrica”, propagando a concepção de superioridade, civilidade e modernidade sobre os demais povos, em especial sobre aqueles que não pertencem ao núcleo europeu. Assim, Boaventura de Sousa Santos e Maria Paula Meneses (2009, p. 74) assinalam que:

Desde o século XVIII, sobretudo com o Iluminismo, no eurocentrismo foi-se afirmando a mitológica ideia de que a Europa era pré-existente a esse padrão de poder, que já era antes um centro mundial de capitalismo que colonizou o resto do mundo, elaborando por sua conta, a partir do seio da modernidade e da racionalidade. E que nessa qualidade, a Europa e os europeus eram o momento e o nível mais avançados no caminho linear, unidireccional e contínuo da espécie. Consolidou-se assim, juntamente com essa ideia, outro dos núcleos principais da colonialidade/modernidade eurocêntrica: uma concepção de humanidade segundo a qual a população do mundo se diferenciava em inferiores e superiores, irracionais e racionais, primitivos e civilizados, tradicionais e modernos.

Historicamente, o Brasil foi, também, palco dessas expansões europeias e vive até hoje uma crise de afirmação de sua cultura, história, política, literatura, sociologia, economia, crítica ao Estado e Direito contemporâneo e, principalmente, de sua visão ambiental. Nesse ímpeto expansionista europeu, alimentou-se a colonização de povos, culturas, idiomas e, naturalmente, o extrativismo predatório (vegetal, mineral e animal). Desde a exploração da madeira de pau-brasil, no período de descobrimento, até hoje, o país coleciona debates, críticas e violações de seu meio ambiente, incluindo a exploração, sustentável ou não, das florestas Amazônica, Atlântica e do Cerrado, entre outros recursos naturais.<sup>6</sup>

Nos últimos cinquenta anos, o mundo perdeu cerca de um terço de sua cobertura florestal, e empresas multinacionais têm atualmente concessões para abate de árvores em 12 milhões de hectares da Floresta Amazônica. A destruição da natureza e a crise ecológica, que

---

<sup>6</sup> “O pau-brasil foi a primeira madeira a ser fortemente explorada no Brasil. A madeira era usada para móveis, violinos, construção civil e naval, por ser dura e resistente, além da coloração avermelhada, que chamava atenção dos europeus, aumentando assim seu valor de mercado. Nativa das florestas tropicais brasileiras, no bioma Mata Atlântica, sua ocorrência se dá desde o litoral do Rio Grande do Norte até o Rio de Janeiro. Estudos históricos apontam que, por volta de 1503 já havia um sistema complexo montado em torno da extração de pau-brasil. As historiadoras Lília Schwarcz e Heloísa Starling (2015), apontam que ‘brasil’ e suas variações são oriundas do latim ‘brasília’, que significava ‘cor de brasa’ ou ‘vermelho’. A história de excesso de exploração culminou, porém, para que entrasse para lista de árvores ameaçadas de extinção em 2004. Uma descrição botânica da espécie (*Caesalpinia echinata Lam.*) e sua ocorrência natural pode ser vista em <http://floradobrasil.jbrj.gov.br/reflora>” (Sobral; Lentini; Carvalho, 2021).

são resultado de uma visão antropocêntrica, colocam a humanidade em um momento crítico, no qual é urgente repensar a relação com o meio ambiente (Sobral; Lentini; Carvalho, 2021).

A economia capitalista ocidental vislumbrou nos recursos da natureza uma importante fonte econômica, mesmo, às vezes, sem sequer observar as causas e consequências do aquecimento global, da desertificação, do esgotamento das fontes naturais, da poluição do ar e das águas, entre outros problemas de ordem ambiental (Oliveira; Guimarães, 2004, p. 20).<sup>7</sup>

Assim, na tentativa de mitigar os impactos do predomínio do modelo de exploração colonial sobre os territórios, ainda em 1960, a ONU criou a Semana da Solidariedade com Territórios Não Autônomos e, entre 1960 e 2002, 54 regiões conquistaram a autonomia, com garantia de direitos inalienáveis de seus povos, dos recursos naturais e controle sobre o desenvolvimento futuro. Segundo a ONU, ainda existem 17 territórios que não atingiram medida completa de autogoverno e são dependentes de poderes administrativos centrais. Atualmente, são exemplos: Porto Rico (EUA), Guiana Francesa (França) e Ilhas das Malvinas (Reino Unido):

Em 1946, oito Estados-membros, incluindo Austrália, Bélgica, Dinamarca, França, Países Baixos, Nova Zelândia, Reino Unido e Estados Unidos listaram 72 territórios que estavam sob sua administração. Antes de 1959, oito tornaram-se independentes. Em 1999, a Assembleia Geral aprovou uma resolução criando a Semana de Solidariedade com os Povos dos Territórios Não-Autônomos. No documento, os Estados-membros destacam “a necessidade de erradicação do colonialismo, bem como discriminação racial e violações básicas de direitos humanos (Organização das Nações Unidas, 2021a).

Com o término do colonialismo, surge um novo fenômeno na relação entre os povos e as nações. A forma exploratória, tanto em relação à natureza quanto entre os povos, precisava ser revista, e era necessário instituir um novo estilo para substituir o antigo modelo. Assim, um novo tipo de relação dependente entre as sociedades precisou ser criado para suplantar o colonialismo, o que fez surgir o que pode ser chamado de “colonialidade”.

Fim do colonialismo, de uma nação-estado ser colônia de outra, não significa o fim da submissão ou a descontinuidade de ser subalterno às práticas coloniais, especialmente na organização do espaço, no imaginário social, na formação da linguagem, na cultura e na política, por exemplo. Além dessas, muitas outras práticas sociais — que dizem respeito à honra, à ética, à religião, aos critérios estéticos, ao pensamento científico predominante, à

---

<sup>7</sup> “[...] Começou-se a perceber que os ecossistemas não se reconstituíam automaticamente, numa sequência interdependente de processos evolutivos, colocando em risco a própria sobrevivência da espécie humana. A tomada de consciência, porém, só ocorreu quando se constatou que as condições tecnológicas e industriais e as formas de organização e gestão econômica da sociedade estavam em conflito com a qualidade de vida” (Oliveira; Guimarães, 2004, p. 20).

formação das cidades, à percepção do meio ambiente, à sustentabilidade, às epistemologias modernas e contemporâneas, e às verdades e não verdades que foram ditadas pela modernidade colonial e ainda tão propagadas no mundo contemporâneo — continuam a ser influenciadas pela subserviência colonizadora.

Tal matiz admitido por essa nova faceta do colonialismo recebe o nome de colonialidade. Portanto, a colonialidade é uma forma de legitimar um novo tipo de subserviência dos povos, dando origem, em sua contraposição, ao que se chama de “decolonialidade”, a qual consiste em uma recusa à colonialidade. A decolonialidade, como oposição à colonialidade, sobretudo à ocidental, surge com maior evidência na América Latina, em especial diante do colonialismo histórico, que admitiu na América um regime econômico e exploratório, com base na espoliação e, enfim, uma sociedade escravocrata, com dominação e domesticação dos povos que aqui habitavam (Mignolo, 2017).

Para Dussel (1993, p. 50), a América Latina foi a primeira colônia da Europa moderna e historicamente a primeira 'periferia', antes mesmo da África e da Ásia. A colonização do índio e, posteriormente, do escravo africano foi o primeiro processo de uma suposta modernização e civilização, alienando o outro como “si-mesmo”, não mais em um contexto bélico, mas em uma práxis que abrange aspectos eróticos, pedagógicos, políticos, econômicos, machistas, culturais e de uma nova burocracia política voltada para a dominação do outro.

Logo, a decolonialidade — ou o pensamento decolonial — é um programa que visa estabelecer uma crítica ao modelo colonial ou moderno colonial, ou seja, à colonialidade, e não se limita à interpretação e à crítica, mas também se propõe a ações práticas. O Brasil, desde os primórdios de sua colonização por povos europeus até atualmente, reproduz diversas formas de violação de direitos ambientais e dos povos indígenas (habitantes originários), por meio da exploração insustentável dos biomas amazônico, cerrado e mata atlântica, que, embora sejam definidos na Constituição Federal de 1988 como patrimônio nacional, são negligenciados por setores da sociedade brasileira com a anuência do próprio Estado (Mignolo, 2017, p. 2).

O que se percebe desse longo processo histórico colonizador é que o colonialismo extrativista como método predatório de dominação direta deixou como herança a colonialidade, cujo arraigamento se sedimentou nas sociedades colonizadas, destruindo identidades, culturas e naturalizando uma racionalidade de exploração predatória que contribuiu para a crise ambiental global. É nesse contexto que se espera examinar e analisar detalhadamente os discursos das COP26, COP27 e COP28 em termos essenciais para a preservação do meio ambiente global e seus reflexos práticos para o Brasil, os quais, de alguma forma, se relacionam

com o que ainda pode ser chamado de colonialidade ambiental e climática, assim como com a participação popular e democrática nos debates sobre o combate às mudanças climáticas. (Mignolo, 2017, p. 2).

Ainda no que toca à colonialidade, deve-se observar que, na medida em que a exploração de recursos naturais tem como consequência o aumento do capital econômico — mesmo que de modo ilegal e em situações muitas vezes análogas à escravidão —, os povos indígenas adoecem e morrem por consequência dos impactos ambientais que afetam seu sistema e sua cultura.

Para os povos indígenas, a natureza é considerada um lar para seres tanto visíveis quanto invisíveis, e existe uma profunda conexão espiritual com todas as formas de vida presentes na floresta. Acreditam que o mundo material e o espiritual estão interligados, sendo a harmonia entre eles essencial para o bem-estar da comunidade. A terra é percebida como uma provedora de recursos essenciais para a sobrevivência, como alimentos, água, abrigo e medicamentos. Vivem de maneira sustentável, caçando, pescando e colhendo apenas o necessário para suprir suas necessidades, sem comprometer o equilíbrio ambiental (Krenak, 2019). A ideia de acumulação, presente no modelo de dominação exploratória europeu, não existe em suas práticas.

Hodiernamente, no Brasil, existem mais de trezentos povos indígenas distribuídos pelo território<sup>8</sup>, e quando se avaliam os efeitos da mudança do clima há que se pontuar a diversidade étnica e cultural e seus sistemas próprios de organização. A prática cotidiana e a existência desses povos dependem diretamente dos recursos naturais e da diversidade biológica existente nas áreas em que estão instalados. Nesse norte, os impactos da mudança do clima sobre sua cultura e seu território são considerados graves, classificados como grupos de alta vulnerabilidade.

O conhecimento tradicional dos suruí para recuperar área que está doente [...] é um conhecimento que implicaria eles abandonarem aquela região [...] por um período de 200, 300 anos, pela extensão dela, para se recompor de novo. Os suruí não vão poder ficar 200, 300 anos num outro lugar porque toda a região de Rondônia em torno deles, o cinturão em torno deles, está devastada (Krenak, 2019, p. 59-60).

Os conhecimentos dos povos indígenas contêm valiosas informações de nível local e regional, que podem servir como fonte para modelos e dados científicos globais, além de oferecer a base para a elaboração de planos de governo que promovam políticas públicas de

---

<sup>8</sup> Para mais detalhes sobre a quantidade de povos indígenas existente no país, consultar: Gomes (2017).

adaptação e mitigação. Por isso, é fundamental proteger esses territórios, não apenas para garantir os recursos necessários para sua sobrevivência, mas também para o equilíbrio ecológico e climático do planeta — a estabilização das épocas de chuva, a regularidade dos ciclos naturais, como a seca, a caça e as colheitas. Atualmente, a proteção do território indígena está diretamente ligada à sua própria preservação, que tem sido ameaçada pelo garimpo ilegal, pelo avanço do desmatamento, pelo agronegócio na região e pela ausência de políticas públicas eficazes e inclusivas voltadas aos povos indígenas. Destacam-se, ainda, os graves problemas sanitários, a violência física e psicológica, e toda a problemática social que afeta esses indígenas (Albert; Kopenawa, 2003).

Além de uma perspectiva ambiental, é necessário considerar que a colonialidade, de acordo com diversos pensadores, tem sua principal fonte no racismo, em todas as suas dimensões, mas principalmente no racismo dirigido contra negros, em que brancos escravizavam (ou ainda escravizam) tanto os remanescentes de povos indígenas quanto afrodescendentes.

Essa constante dependência não se resume, obviamente, apenas a uma estrutura escravocrata em todas as instâncias sociais, a exemplo do racismo contra negros, mas também inclui o racismo epistêmico, o sexismo e a estrutura patriarcal da sociedade, tornando-se, assim, um dos mecanismos de perpetuação da desigualdade social e, por conseguinte, de graves problemas ambientais, que afetam a qualidade de vida de todos os seres e resultam em desrespeito à natureza (Nogueira, 2016). A colonialidade também traz uma ideia de raça associada à natureza de papéis e lugares de uma nova estrutura global de trabalho, em que, por exemplo, com o fim da escravidão dos índios, impede-se seu extermínio, mas os deixa confinados à servidão, chamando-se a isso de divisão racial do trabalho. Assim, no

curso da expansão mundial da dominação colonial por parte da mesma raça dominante – os brancos (ou do século XVIII em diante, os europeus) – foi imposto o mesmo critério de classificação social a toda a população mundial em escala global. Conseqüentemente (*sic*), novas identidades históricas e sociais foram produzidas: *amarelos* e *azeitonados* (ou oliváceos) somaram-se a brancos, índios, negros e mestiços. Essa distribuição racista de novas identidades sociais foi combinada, tal como havia sido tão exitosamente logrado na América, com uma distribuição racista do trabalho e das formas de exploração do capitalismo colonial (Quijano, 2005, p. 119).

São vários os pensadores que admitem essa nova matriz do pensamento decolonial e pertencem a diversos campos epistemológicos, sempre com uma abordagem comum que se baseia em uma teoria crítica e prática contra o sistema-mundo capitalista, colonial, patriarcal e moderno, estabelecido como ideal desde a modernidade. Isso acarreta, portanto, consequências

para o meio ambiente, já que “Al ser objetivizada en el mundo burgués-mercantil, la naturaleza es convertida en una instancia externa, susceptible de ser instrumentalizada, manipulada según imperativos técnicos, y degradada, en últimas, a la categoría de ‘recurso’” (Cajigas-Rotundo, 2007, p. 174).

A Europa, desde sua narrativa colonial e posteriormente se transmutando para a concepção de colonialidade, propaga a ideia de nações desenvolvidas (no chamado Norte Global) e subdesenvolvidas (no Sul Global), de raças latinas e europeias, colocando-se como o centro e o estágio final de uma história mundial, relegando as outras culturas a um lugar periférico e primitivo. Divulga-se, assim, uma racionalidade ocidental que perpetua a colonialidade (Mignolo, 2017, p. 2).

Para Ribeiro (2015), isso é engendrado para a perpetuação de um poder criado desde o início da modernidade. Assim,

Esse projeto é grandioso, uma vez que reproduz a sua própria forma de existência, excluindo todas as demais, por tê-las como inoperantes, primitivas e atrasadas. Não há espaço para a diversidade, aliás, “diferente” é aquilo ou aquele que não possui similitude com o padrão imposto. A Modernidade dá dois caminhos aos diferentes, a uniformização ou a exclusão [...] (Ribeiro, 2015, p. 83).

Por isso, é importante criticar as mensagens transmitidas pela COP26 ao Brasil, que se repetiram na COP27 e, posteriormente, na COP28, pois, no pacote de dependência da colonialidade, também estão incluídas as condicionantes das epistemologias relacionadas ao meio ambiente. O pensamento decolonial, como contraposição à colonialidade, refere-se ao saber e ao conhecimento científico que se desvincula do núcleo eurocêntrico, avançando para além das fronteiras europeias e estadunidenses, lembrando que existem pessoas dotadas de capacidade, inteligência, conhecimento e autonomia em todos os territórios (estados-nação), desmistificando as bases da modernidade que enalteciam somente a Europa. Há, portanto, uma constante necessidade de um “revisonismo historiográfico” (Mignolo, 2017, p. 2).

Eduardo Galeano (2010, p. 369), em sua clássica obra *As Veias Abertas da América Latina*, mesmo com toda censura imposta, assinala a importância de divulgar certos fatos que a história oficial, contada pelos vencedores, esconde ou mente. Para Sousa Santos e Meneses (2009, p. 76), quando escrevem sobre as epistemologias do sul, discorrem a questão do poder no eurocentrismo, destacando que trabalho, natureza, relações sociais e conhecimento são ingredientes da colonialidade.

Tal como o conhecemos historicamente, à escala societal o poder é o espaço e uma malha de relações sociais de exploração/dominação/conflito articuladas, basicamente, em função e em torno da disputa pelo controle dos seguintes meios de existência

social: 1) o trabalho e os seus produtos; 2) dependente do anterior, a 'natureza' e os seus recursos de produção; 3) o sexo, os seus produtos e a reprodução da espécie; 4) a subjectividade e os seus produtos, materiais e intersubjectivos, incluindo o conhecimento; 5) a autoridade e os seus instrumentos, de coerção em particular, para assegurar a reprodução desse padrão de relações sociais e regular as suas mudanças. (Sousa Santos; Meneses, 2009, p. 76).

A rapinagem e a espoliação são intrínsecas à colonização e à colonialidade, o que, para a América Latina, torna-se uma das causas dos graves problemas sociais, resultando em pobreza, fome e políticas autoritárias, muitas vezes em conluio com o explorador estrangeiro. Para interpretar as mensagens das COP26, COP27 e COP28 e seus vínculos com o meio ambiente brasileiro, é necessária uma emancipação epistêmica, ainda que possa ser vista como raivosa e perigosa para todo o sistema, como bem assinalou Slavoj Žižek (2016, p. 12). Dentro dessa política de reconhecimento, com essas mesclas conceituais de colonização/descolonização e colonialidade/decolonialidade, observa-se a importância desses conceitos para a compreensão da política ambiental, tanto nacional quanto internacional:

A cidade do povo colonizado [...] é um lugar de má fama, povoado por homens de má reputação. Lá eles nascem, pouco importa onde ou como; morrem lá, não importa onde ou como. É um mundo sem espaço; os homens vivem uns sobre os outros. A cidade do colonizado é uma cidade com fome, fome de pão, de carne, de sapatos, de carvão, de luz. A cidade do colonizado é uma vila agachada, com uma cidade sobre seus joelhos (Fanon, 2010, p. 41).

Diante dessa tentativa de reflexão da (de)colonialidade, na sequência serão analisados os discursos mundial e nacional das últimas três COPs, que demonstram a presença de uma colonialidade ambiental nas narrativas ambientais brasileiras.

### **3. O DISCURSO MUNDIAL E NACIONAL NAS COPs 26, 27 e 28**

Primeiramente, antes de adentrar nas discussões ocorridas na COP26, faz-se necessário trazer um breve relato histórico das Convenções Climáticas anteriores e de seu surgimento. De início, destaca-se a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas (UNFCCC) (United Nations Framework Convention on Climate Change), tratado firmado durante a Conferência do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 (Eco-92) que foi ratificado por 189 países. Seu objetivo é organizar esforços multilaterais para fazer frente às mudanças climáticas. A UNFCCC (1992), firmada durante a Eco-92, deu o passo inicial nos esforços da comunidade internacional na questão climática. Foi ratificada pelo direito brasileiro por meio do Decreto nº 2.652, de 1º de julho de 1998, reconhecendo que as

mudanças climáticas e seus efeitos negativos são uma preocupação comum da humanidade (Sarlet; Fensterseifer, 2020).

Após a Eco-92, surgiu o Protocolo de Quioto (1997), um tratado internacional em que os países signatários se comprometeram a reduzir suas emissões de gases de efeito estufa (GEE). O protocolo, derivado da UNFCCC, foi negociado e adotado pelas partes em Quioto, no Japão, em 11 de dezembro de 1997, e entrou em vigor em 16 de fevereiro de 2005, quando atingiu a meta de 50% de ratificações entre os 84 signatários originais. O Protocolo baseia-se em evidências científicas que confirmam que o aquecimento global é real e causado pela ação humana (Sarlet; Fensterseifer, 2020).

Em Paris, durante a COP21, em 12 de dezembro de 2015, as partes da UNFCCC chegaram a um acordo histórico para mitigar as mudanças climáticas e acelerar e intensificar as ações e os investimentos necessários para um futuro sustentável, com a redução das emissões de carbono. O Acordo de Paris, baseado na UNFCCC, pela primeira vez envolve todos os Estados-Membros em esforços ambiciosos para combater as mudanças climáticas e se adaptar aos seus efeitos, incluindo maior apoio aos países em desenvolvimento para que possam fazê-lo. O objetivo central do Acordo de Paris é manter o aumento da temperatura global neste século abaixo de 2 graus Celsius em relação aos níveis pré-industriais (antes de 1900) e prosseguir os esforços para limitar ainda mais o aumento da temperatura a 1,5 grau Celsius (Organização das Nações Unidas, 2021b).

O Acordo de Paris foi aberto à assinatura em 22 de abril de 2016 (Dia da Terra), na sede da ONU, em Nova Iorque, entrando em vigor em 4 de novembro de 2016, 30 dias após ter sido atingido o chamado “duplo limiar” (ratificação por 55 países que representam pelo menos 55% das emissões mundiais). Desde então, mais países ratificaram e continuam a ratificar o Acordo, atingindo o número de 187 partes (de um total de 197) no final de 2019 (Sarlet; Fensterseifer, 2020). A Conferência das partes da UNFCCC, a COP26, foi realizada entre 1º e 12 de novembro de 2021 na cidade de Glasgow, na Escócia (Organização das Nações Unidas, 2021b).

A pauta da COP26 foi uma extensão dos temas anteriormente discutidos no Acordo de Paris em 2015, trazendo reflexões sobre o desmatamento, a redução das emissões de dióxido de carbono e metano, bem como a diminuição do uso de carvão no setor energético. Decidiram-se algumas questões sobre a comercialização dos créditos de carbono e o financiamento a países em desenvolvimento; contudo, em uma análise preliminar, a maior conquista do evento foi o

reconhecimento e a participação dos povos indígenas, quilombolas e comunidades locais nas discussões sobre as questões ambientais.

Outra conquista na COP26 para os povos do Sul Global, aqueles em dito “desenvolvimento”, está relacionada à transferência de tecnologia, com um consenso sobre o princípio das responsabilidades comuns, porém diferenciadas, ou seja, os países do Sul Global não têm as mesmas responsabilidades que os países do Norte Global, considerados as nações “desenvolvidas”. É importante destacar que, no que diz respeito ao reconhecimento das comunidades locais, a declaração estabelece a inclusão desses atores nos debates, já que são os mais afetados pelo modelo capitalista de exploração predatória adotado pelas sociedades ocidentais. Percebe-se, portanto, uma pequena mudança na consciência do Norte Global em relação ao Sul Global nas discussões que os afetam diretamente (Organização das Nações Unidas, 2021b).

Por isso, o reconhecimento das comunidades e povos na COP26 é importante, pois o direito ambiental internacional desafiou o direito internacional clássico ao ampliar os sujeitos de direitos e suas subjetividades. Embora discreta, essa foi uma conquista para os povos do Sul Global. Entretanto, a conclusão que se tira da COP26 é que o discurso e a tomada de decisões, em sua maioria, têm origem colonizadora, indicando que o Sul Global necessita de maior emancipação, interação e um tratamento interdisciplinar nas negociações ambientais globais. Os povos do Sul Global, historicamente colonizados pelo Norte Global, mesmo após a descolonização, ainda carecem de poder de escolha e decisão nas questões que realmente geram vinculação normativa e efetividade no direito internacional, especialmente nas regulações ambientais (Organização das Nações Unidas, 2021b).

Hodiernamente, a Assembleia Geral da ONU é composta por 193 países, em sua maioria participantes do denominado Terceiro Mundo, ou seja, os países colonizados pela cultura ocidental capitalista e ainda considerados em “desenvolvimento”. A Assembleia não confere poder decisório ou vinculativo aos países participantes, apenas voz nas discussões e reconhecimento, ou seja, sendo a COP26 uma convenção proposta pela Assembleia da ONU, não há poder decisório ou vinculativo nas questões acordadas por consenso durante a reunião, e os países que aderem à convenção o fazem por livre e espontânea vontade (Organização das Nações Unidas, 2021b).

O poder decisório das questões climáticas mundiais está nas mãos do Conselho de Segurança da ONU, cujas cadeiras permanentes (que detêm o poder decisório) são ocupadas pelos países colonizadores do Norte Global:

O Conselho de Segurança da ONU é composto por 15 membros: 5 permanentes e 10 não-permanentes, que são eleitos para mandatos de dois anos pela Assembleia Geral. Segundo o artigo 23º da *Carta das Nações Unidas*, os Membros Permanentes do Conselho de Segurança são: Estados Unidos da América; Federação Russa (que substituiu a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas – URSS); França; Reino Unido; e República Popular da China (Organização das Nações Unidas, 2021b).

O que se percebe é que o direito internacional, a exemplo da COP26, necessita se comunicar com e respeitar as diferentes comunidades e grupos sociais, e essa comunicação deve ser interdisciplinar, pois o direito internacional, como está atualmente, apenas representa o status quo, sem mudanças, mantendo a mesma estrutura vertical de poder. As decisões, os debates e a ciência sempre fluem do colonizador para o colonizado. Portanto, pode-se afirmar que são sempre os países colonizadores que ainda decidem sobre as questões climáticas e ambientais de importância mundial.

No Acordo de Paris, os países do Norte Global se comprometeram a liberar 100 bilhões de dólares por ano. Na COP26, discutiu-se que esse valor já se tornou insuficiente para compensar a degradação ambiental causada pelo Norte Global. Foi constatado um grande aumento no número de desastres causados pela crise climática nos países onde a vulnerabilidade econômica e social é maior. Arquipélagos e comunidades estão desaparecendo, furacões, chuvas intensas, enchentes e outros desastres necessitam de compensação, visto que esses povos vulneráveis já sofrem há muito tempo pelos danos causados pelas emissões históricas de gases dos países considerados “desenvolvidos” (Carta Capital, 2021).

A participação do Brasil na COP26 pode ser considerada dividida entre a exercida pelo Poder Executivo brasileiro e seus representantes, e a participação isolada dos povos indígenas, do movimento negro, do movimento dos Juizes Federais e de outros grupos presentes nas discussões. A participação do Poder Executivo Federal foi representada pelo então Presidente da República e pelo Ministro do Meio Ambiente, que apresentaram dados positivos sobre o controle do desmatamento e a situação das queimadas na região Amazônica, além de programas de desenvolvimento econômico vinculados à sustentabilidade e ao Governo Federal (Carta Capital, 2021).

Por outro lado, as organizações não governamentais, povos indígenas, quilombolas, movimentos sociais, movimento negro, bem como parte da sociedade organizada, sentiram-se lesados pela apresentação dos dados do governo e trouxeram informações e questionamentos que diferem significativamente e de forma negativa em relação aos apresentados pelo governo federal. Apesar da participação distinta do Governo Federal, este, numa tentativa de mostrar

uma mudança de atitude em relação às mudanças climáticas, comprometeu-se na COP26 a reduzir em até 50% as emissões de gases de efeito estufa até 2030 (Carta Capital, 2021).

Foi essa discrepância e a falta de consenso nos dados apresentados pelo Brasil na COP26 que levaram a ONU, como organização internacional, a dar voz e reconhecimento aos povos e movimentos isolados. No Brasil, estes são os mais atingidos pelos riscos e desastres advindos da falta de proteção ambiental e climática, associados ao longo processo de exclusão e colonialismo.

Apesar de a COP26 não ter avançado nas questões relativas a perdas e danos, a COP27 finalmente encarou a temática. Realizada em 2022 em Sharm El-Sheikh, no Egito, a COP27, após várias rodadas de discussões, estabeleceu novas diretrizes de financiamento para apoiar os países em desenvolvimento a enfrentar as perdas e danos climáticos, incluindo a criação de um fundo específico para esse fim. Além disso, foi criado um comitê de transição para operacionalizar esses arranjos financeiros e fazer recomendações a serem adotadas na COP28. Também foram definidas premissas e a governança da Rede de Santiago, uma plataforma de assistência técnica internacional voltada a ajudar países vulneráveis a evitar, minimizar ou lidar com perdas e danos climáticos. Essa rede contará com uma estrutura que inclui um secretariado, um conselho consultivo, além de organizações, especialistas e órgãos-membros (Laclima, 2022).

Também foi iniciada a elaboração de um *framework*<sup>9</sup> para definir a Meta Global de Adaptação, a ser adotado na COP28. Foi decidido que o objetivo do *framework* é orientar o alcance de uma Meta Global de Adaptação e o monitoramento do progresso no alcance dessa meta, com um viés preventivo de reduzir impactos, riscos e vulnerabilidades climáticas. O *framework* conterá minimamente informações sobre as dimensões (levando em conta cada etapa do ciclo de adaptação), temas como água, cidades, alimentos e agricultura, questões transversais (direitos humanos, gênero, soluções baseadas na natureza) e fontes de informação (relatórios do IPCC, *inputs* de *stakeholders*, entre outros). Esses elementos também serão considerados para avaliar o progresso de adaptação durante o Primeiro Balanço Global da efetividade do Acordo de Paris, agendado para 2023 (Laclima, 2022).

Houve a adoção de orientações iniciais sobre procedimentos para que os países comecem a reportar seus acordos de cooperação para comercializar a redução de emissões (Resultados de Mitigação Transferidos Internacionalmente ou Internationally Transferred

---

<sup>9</sup> Conjunto de técnicas para solução de um problema. (tradução nossa).

Mitigation Outcomes [ITMOs]), sobre o funcionamento e a interoperabilidade dos registros de carbono que irão armazenar as unidades de ITMOs e sobre o procedimento de revisão das informações prestadas. Foi reforçado que a situação geopolítica global, assim como seus impactos na economia, segurança energética e alimentar, bem como os desafios associados à recuperação econômica pós-covid-19, não devem ser usados como pretexto para retrocessos na ação climática. Por outro lado, também foi reiterada a importância de diversificar as fontes e sistemas de energia, considerando as circunstâncias nacionais e a necessidade de uma transição justa a partir de um *mix* de energias limpas, incluindo fontes de energias renováveis e de baixa emissão. Os países-membros foram convocados a acelerar o desenvolvimento de tecnologias de transição para sistemas de energia de baixa emissão, com esforços para reduzir gradualmente o uso do carvão e eliminar subsídios ineficientes aos combustíveis fósseis, reiterando a decisão de Glasgow (Laclima, 2022).

Além disso, foi reiterada a importância dos mecanismos de pagamento com base em resultados para reduzir emissões de gases de efeito estufa causadas pelo desmatamento e degradação florestal, conforme previsto no artigo 5.2 do Acordo de Paris. Os países-membros foram encorajados a considerar soluções baseadas na natureza em suas ações de mitigação e adaptação. Também foi estabelecido o Trabalho Conjunto de Implementação da Ação Climática em Agricultura e Segurança Alimentar de Sharm el-Sheikh, um programa com duração de quatro anos, que, entre outros aspectos, implementará a agenda do Trabalho Conjunto de Koronivia, com base em uma abordagem holística que considere a agricultura, a segurança alimentar, os múltiplos benefícios associados à adaptação e mitigação, e o conhecimento local e tradicional indígena, entre outros (Laclima, 2022).

Ficou também estabelecido que os países devem, ao adotar ações climáticas, respeitar, promover e considerar o direito a um meio ambiente limpo, saudável e equilibrado. Foi firmado um Programa de Trabalho de Transição Justa para discutir caminhos para atingir os objetivos do Acordo de Paris a partir de uma transição justa e equitativa, considerando as dimensões energéticas, socioeconômicas e de força de trabalho, e para fazer recomendações a serem apresentadas na COP28. Adotaram-se melhorias no Plano de Ação de Gênero, dando ênfase à participação de mulheres jovens, indígenas e de comunidades locais, convocando as partes a considerar o equilíbrio na representatividade de gênero na composição de delegações e presidências de sessões, e convocando entidades públicas e privadas a considerar a representatividade no contexto do financiamento climático. Por fim, como resultado da COP27,

ficou determinado que o Secretariado da UNFCCC apoie a participação de pontos focais nacionais femininos em reuniões da UNFCCC (Laclima, 2022).

A COP28, realizada em dezembro de 2023, em Dubai, nos Emirados Árabes Unidos, foi proclamada um marco histórico no combate global às mudanças climáticas, cuja declaração final refletiu os resultados de intensas negociações entre os 198 países signatários da UNFCCC. A mobilização global, liderada por jovens, crianças, ativistas e defensores dos direitos humanos e ambientais, desempenhou papel importante nesse processo (Organização das Nações Unidas, 2024).

O Brasil, em destaque, apresentou sua Contribuição Nacionalmente Determinada (NDC) durante a COP28, delineando estratégias abrangentes para enfrentar desafios ecológicos, como o combate ao desmatamento, a promoção de biocombustíveis, a implementação do Código Florestal (CFlor) e a recuperação de áreas degradadas. Essas medidas, aparentemente comprometidas com a mitigação dos impactos ambientais e a promoção da sustentabilidade, demonstram o papel proeminente do Brasil no cenário global (Organização das Nações Unidas, 2024).

Ademais, o Brasil comprometeu-se a reduzir suas emissões de GEE, estabelecendo metas ambiciosas na NDC atualizada de 2023, visando uma redução de 48% até 2025 e 53% até 2030, em comparação com as emissões de 2005. A declaração final da COP28 destacou o acordo histórico para a transição dos combustíveis fósseis para fontes limpas e renováveis de energia, apontando o Brasil como um dos maiores produtores globais de energia renovável, potencialmente beneficiando-se significativamente desse marco. Entretanto, é necessária uma crítica ao considerar a implementação efetiva dessas intenções, o que exige uma análise cuidadosa para garantir que os países ultrapassem o discurso retórico e adotem medidas concretas para alcançar seus objetivos (Organização das Nações Unidas, 2024).

O Fundo para Perdas e Danos, concebido para apoiar nações em desenvolvimento vulneráveis às mudanças climáticas, foi outra conquista destacada da COP28. Embora represente um avanço concreto em direção à justiça climática, questionamentos sobre a suficiência dos recursos disponíveis para atender às demandas reais dos países mais impactados emergem como ponto de avaliação (Organização das Nações Unidas, 2024).

No cenário financeiro, compromissos substanciais foram assumidos para reabastecer o Fundo Verde para o Clima, atingindo a cifra de US\$ 3,5 bilhões, enquanto o anúncio pelo Banco Mundial de um aumento anual significativo de US\$ 9 bilhões em financiamento para projetos climáticos nos anos de 2024 e 2025 demonstra um esforço global em impulsionar

iniciativas ambientais. Todavia, a eficácia desses fundos e sua distribuição equitativa devem ser monitoradas de perto para garantir que atinjam os objetivos propostos (Organização das Nações Unidas, 2024).

A Declaração sobre Clima e Saúde, respaldada por quase 120 países, visa acelerar ações para proteger as pessoas dos impactos crescentes das mudanças climáticas, mas a implementação efetiva de medidas concretas e a alocação de recursos permanecem pontos de atenção crítica. As declarações sobre Agricultura, Alimentação e Clima, assinadas por mais de 130 países, assim como o Compromisso Global sobre Refrigeração, endossado por 66 nações, representam avanços importantes. Contudo, é necessário um acompanhamento rigoroso para assegurar que esses compromissos se traduzam em práticas sustentáveis efetivas, levando em conta as particularidades e os desafios enfrentados por diferentes regiões (Organização das Nações Unidas, 2024).

Em síntese, os resultados da COP28 refletem um compromisso global renovado diante das mudanças climáticas. No entanto, a crítica fundamentada na teoria decolonial destaca a necessidade de uma análise cuidadosa e constante da implementação efetiva dessas medidas, garantindo que as promessas se convertam em avanços palpáveis e sustentáveis, em conformidade com os princípios de justiça e equidade.

No regime nacional, embora o enfrentamento das mudanças climáticas em nível global exija a mediação de organismos internacionais e a cooperação dos Estados-membros, as ações e estratégias devem necessariamente passar pelo direito doméstico, incluindo a ratificação de normas internacionais, a previsão constitucional, os processos legislativos federais, estaduais e municipais, além de um planejamento para mitigação e adaptação climáticas (Carvalho, 2021).

É necessário pontuar que o Brasil vem de um processo histórico de dominação, primeiramente como uma colônia portuguesa de exploração, e a lógica da economia capitalista imposta pelo Ocidente segue um viés mecanicista, tratando os recursos naturais como se fossem infinitos e o meio ambiente como se não sofresse degradação. Essa lógica predatória foi imposta pelos colonizadores, que exploraram, degradaram e dominaram o meio ambiente, anulando culturas e identidades locais (Quijano, 2005).

Esse cenário representa o que se denomina de colonialidade do poder, que, mais do que um poder colonial, é uma forma de poder global exercida a partir de uma relação social que impõe a distribuição dos recursos humanos, segundo o patrono da cor da população mundial, estabelecida pela colonialidade do poder (Quijano, 2005). Apesar de todo esse histórico colonizador e predatório, espera-se que os países que foram colonizados se libertem, deixando

de ser produto do imperialismo e se tornando uma voz contra a hegemonia. Sobre esse tema, o artista uruguaio Joaquín Torres García, conforme Socialista Morena (2012), fez um desenho do mapa da América do Sul invertido e explicou:

Nosso Norte é o Sul. Não deve haver norte, para nós, senão por oposição ao nosso Sul. Por isso agora pomos o mapa ao revés, e então já temos a exata ideia de nossa posição, e não como querem no resto do mundo. A ponta da América, desde agora, prolongando-se, assinala insistentemente o Sul, nosso Norte (Socialista Morena, 2012).

Percebe-se a importância de uma metamorfose na forma de se relacionar com o capital, um novo olhar para preservar os escassos recursos ambientais que ainda restam, sendo fundamental para enfrentar as mudanças climáticas um modelo econômico mais “verde” e “social”, pautado pelo equilíbrio ecológico, pois os elementos da natureza são o suporte vital para a humanidade. É necessária, nesse momento, uma maior contribuição do pensamento decolonial na construção de políticas econômicas ecológicas que se concentrem em formas alternativas e holísticas de resolver os problemas sociais de desigualdade, como, por exemplo, a contribuição dos conhecimentos milenares dos povos indígenas, quilombolas e dos movimentos sociais.

Como se observou na COP26, a participação dessas comunidades trouxe à discussão mundial a perspectiva direta desses povos, suas aflições, angústias e necessidades, além de alternativas para a construção de políticas públicas sociais efetivas para os problemas sociais e ambientais. Esse olhar holístico, trazido pelos povos do Sul Global nas discussões da COP26, reforçou que a crise ambiental vivenciada hoje é também uma crise social, não podendo ser tratada de forma isolada (Quijano, 2005).

Atualmente, no Brasil, uma das vertentes do movimento ecológico consolida a aproximação e interação entre a proteção ambiental e as lutas sociais, adotando um caráter multissetorial:

No Brasil, movimentos ambientalistas se definem como defensores de reservas florestais, da qualidade do ar dos centros urbanos, ao mesmo tempo em que reivindicam saneamento básico para bairros inteiros de grandes cidades. Aqui o entrelaçamento entre questões ligadas a distribuição de riquezas e questões ligadas à gramática das formas de vida fica evidente (Tavolaro, 2001, p. 91-92).

Ao longo dos últimos setenta anos, as contribuições dos movimentos ambientalistas têm sido significativas para a promoção da proteção aos bens e recursos ambientais. Juliana Santilli e Márcio Santilli (2002, p. 50), no início da primeira década do século XXI, já afirmavam que os cidadãos coletivamente organizados conquistaram novos espaços políticos e

jurídicos, assegurados por princípios constitucionais democráticos, “tornando-se sujeitos coletivos de direito, e são criadores de novos direitos e lutadores pela eficácia dos direitos consignados legalmente”. A mobilização da sociedade civil organizada tem sido importante para influenciar programas e projetos, sobretudo ao questionar de forma mais incisiva os programas que não cumprem as normas legais pertinentes à proteção ambiental.

Os movimentos socioambientalistas têm conseguido incorporar a questão ambiental como uma dimensão importante, através agregação de um grande número de organizações não governamentais, movimentos sociais e sindicatos, como por exemplo o movimento dos seringueiros, movimento dos atingidos por barragens, movimentos indígenas, movimentos pacifistas, movimento pela saúde ocupacional, entre outros (Sarlet; Fensterseifer, 2021).

Dessa forma, acredita-se que o Sul Global deve olhar para si, para seus povos, seus antepassados indígenas, quilombolas, negros, movimentos e demais grupos que atuam na reivindicação da pauta socioambiental. Deve aprender e reaprender com seus problemas internos para encontrar mecanismos de autogestão que, de forma interdisciplinar, abordem as questões socioambientais. O Sul nunca será o Norte — e vice-versa —, porém, ao olhar para si próprio, o Sul encontrará seu próprio caminho para resolver essas questões.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O Brasil é um país formado por uma história de dominação e opressão, tendo sido primeiramente uma colônia de exploração. A lógica da economia capitalista imposta pelo Ocidente, orientada por um viés mecanicista, trata os recursos naturais como se fossem infinitos e ignora a degradação ambiental que ocorre em função desse modelo exploratório. Essa lógica predatória foi imposta pelos colonizadores, que exploraram, degradaram e dominaram o meio ambiente, anulando culturas e identidades locais, assim como tornando o país codependente de seus modelos de organização civilizatória, fundamentados na centralização de poder e na exploração desenfreada. A colonialidade, nesse contexto, não se restringiu ao passado, ou seja, ela ainda persiste e se manifesta em estruturas e práticas contemporâneas que continuam oprimindo e subordinando os povos colonizados.

Entretanto, o pensamento decolonial desponta como reação à colonialidade. O intuito é não apenas criticar o modelo colonial ou moderno colonial, mas também sugerir novas ações práticas e alternativas que rompam com essas estruturas de opressão. Para ressignificar e restabelecer as relações sociais, econômicas e ambientais a partir de perspectivas locais e históricas dos povos subjugados, tem-se o pensamento decolonial. Nesse contexto, a

decolonialidade sugere que a lógica eurocêntrica seja desconstruída. Além disso, defende que as soluções sejam desenvolvidas coletivamente, com respeito aos conhecimentos ancestrais e à autonomia dos povos do Sul Global.

Em resposta ao problema desta pesquisa, é imprescindível a participação do Sul Global, como a do Brasil, nas discussões de direito internacional — a exemplo das COP26, COP27 e COP28 — para que se debatam e se construam soluções socioambientais capazes de questionar hegemonia do modelo colonizador europeu, sobretudo no que se refere a aspectos ambientais. Importante para essas discussões, a interdisciplinaridade representa inclusão, que reconhece a complexidade e as especificidades das questões ambientais. Ao pôr no centro do debate as vozes dos povos indígenas, quilombolas e de movimentos sociais, a perspectiva decolonial enriquece as negociações e desafia o *status quo*, que historicamente privilegia os países do Norte Global.

Logo, a problemática socioambiental deve ser discutida de forma transversal e global, com ênfase na voz dos mais atingidos — os povos do Sul Global e seus movimentos indígenas e sociais. Tais grupos sofrem as consequências diretas do modelo econômico atual, que já atingiu níveis irreversíveis, com danos significativos em termos ambientais e sociais. As críticas levantadas por esses grupos nas COPs recentes ressaltam a necessidade de reverter a forma hegemônica e eurocêntrica de interpretar e explorar a natureza, que segue o modelo predatório do capital, desconsiderando que os recursos naturais são finitos, além da conexão intrínseca entre ecossistemas e culturas locais.

Acredita-se que o Norte Global, considerando o contexto atual, deve se comprometer com a garantia de maior representatividade e participação dos povos do Sul Global, para que seus pontos de vista sejam admitidos e valorizados nas decisões internacionais. A partir da real participação dessas comunidades, como resta demonstrado nas COPs, as políticas ambientais podem ser desenhadas de forma que propiciem a inclusão, considerando as realidades e necessidades específicas dos territórios que sofreram impactos.

Em conclusão, é necessário que, em suas rodadas de negociação, o direito internacional dê oportunidades aos movimentos populares do Sul Global, para que possam efetivamente participar das tomadas de decisão e escolher seus caminhos. No cenário atual, as decisões globais sobre os problemas climáticos e ambientais ainda são tomadas de forma colonizadora, ou em caráter de colonialidade. Isso significa que as soluções são impostas unilateralmente e, por consequência, não são eficazes aos países em desenvolvimento. Tal modelo, que é fundamentado em imposições externas, não está refletindo as realidades locais,

ou seja, está falido, como mostram os cada vez mais complexos desafios e as emergentes crises socioambientais.

Dessa forma, espera-se que os povos do Sul Global busquem, em seus territórios, alternativas holísticas advindas de seus conhecimentos ancestrais e trilhem seus próprios caminhos político-econômicos. Isso porque se acredita que a solução para os problemas socioambientais não está na adoção de modelos impostos de fora, e sim em olhar para dentro, para o resgate de identidades, valores e saberes tradicionais que sustentem um novo paradigma de desenvolvimento sustentável. A partir de tal perspectiva, parece ser possível encontrar soluções não apenas reais, mas também duradouras, para enfrentar os desafios socioambientais de forma integrada e sustentável.

## REFERÊNCIAS

ALBERT, Bruce; KOPENAWA, Davi. **A terra-floresta Yanomami**. São Paulo: Instituto Socioambiental/IRD, 2003.

CAJIGAS-ROTUNDO, Juan Camilo. La biocolonialidad del poder. Amazonía, biodiversidad y ecocapitalismo. *In*: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFOGUEL, Ramón. (orgs.) **El giro decolonial**: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana; Instituto Pensar, 2007. p. 169-193.

CARTA CAPITAL. **COP26**. 23 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/tag/cop26/>. Acesso em: 14 jan. 2024.

CARVALHO, Délton Winter de. **Gestão Jurídica Ambiental**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

DUSSEL, Enrique. **1492 - O encobrimento do outro**: a origem do mito da modernidade. Petropolis: Vozes, 1993.

FANON, Frantz. **Os condenados da Terra**. Juiz de Fora, MG: UFJF, 2010.

GALEANO, Eduardo. **As Veias Abertas da América Latina**. Porto Alegre: L&PM, 2010.

GOMES, Daniela. **O direito indígena ao solo**: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

KRENAK, Ailton. **Ideias para adiar o fim do mundo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

LACLIMA. **Resumão das decisões da COP27**. São Paulo, 2022.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia científica**. 8. ed. Barueri: Atlas, 2022.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia S. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. São Paulo: Saraiva, 2019.

MIGNOLO, Walter D. Colonialidade: O Lado Mais Escuro da Modernidade. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 32, n. 94, e329402, 2017. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69092017000200507&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092017000200507&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 15 jan. 2024.

NOGUERA, Renato. Dos condenados da terra à necropolítica: diálogos filosóficos entre Frantz Fanon e Achille Mbembe. **Revista Latinoamericana do Colégio Internacional de Filosofia**, n. 3, p. 59-73, 2016. Disponível em: [https://filosofia-africana.weebly.com/uploads/1/3/2/1/13213792/renato\\_noguera\\_-\\_dos\\_condenados\\_da\\_terra\\_%C3%A0\\_necropol%C3%ADtica.\\_di%C3%A1logos\\_filos%C3%B3ficos\\_entre\\_frantz\\_fanon\\_e\\_achille\\_mbembe.pdf](https://filosofia-africana.weebly.com/uploads/1/3/2/1/13213792/renato_noguera_-_dos_condenados_da_terra_%C3%A0_necropol%C3%ADtica._di%C3%A1logos_filos%C3%B3ficos_entre_frantz_fanon_e_achille_mbembe.pdf). Acesso em: 15 jan. 2024.

NORTE Global e Sul Global. **Stringer Fixer**, [S. l.], 2020. Disponível em: [https://stringfixer.com/pt/Global\\_North\\_and\\_Global\\_South](https://stringfixer.com/pt/Global_North_and_Global_South). Acesso em: 20 jan. 2024.

OLIVEIRA, Flávia de Paiva Medeiros de; GUIMARÃES, Flávio Romero. **Direito, Meio Ambiente e Cidadania: uma abordagem interdisciplinar**. São Paulo: Madras, 2004.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU marca Semana de Solidariedade com Territórios Não-Autônomos. **ONU News**, 15 de maio de 2021a. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2021/05/1751612>. Acesso em 15 jan. 2024a.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. 76ª Assembleia Geral da ONU tem início em meio ao "maior desafio desde a Segunda Guerra Mundial". **ONU News**, 15 set 2021b. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/144534-76%C2%AA-assembleia-geral-da-onu-tem-in%C3%ADcio-em-meio-ao-maior-desafio-desde-segunda-guerra-mundial#:~:text=%22A%20pandemia%20de%20COVID%2D19,caminho%20para%20uma%20nova%20era>. Acesso em: 15 jan. 2024b.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Observações do Secretário-Geral para o Evento de Alto Nível de Ação Climática Global. **ONU News**, 14 nov. 2021c. Disponível em: <https://www.un.org/sg/en/node/260603>. Acesso em 15 jan. 2024c.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). UN Climate Change Conference - United Arab Emirates. **ONU News**, 24 jan. 2024. Disponível em: <https://unfccc.int/documents>. Acesso em 15 jan. 2024.

QUIJANO, Aníbal. **Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina**. Lima: Centro de Investigaciones Sociales (CIES); Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2005. Disponível em: [http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12\\_Quijano.pdf](http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf). Acesso em: 15 jan. 2024.

RIBEIRO, Rafael Lima. **Estado plurinacional e realismo jurídico penal marginal**: desafios e perspectivas do novo constitucionalismo latino-americano. Dissertação (Mestrado em Direito). Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2015.

SANTILLI, Juliana; SANTILLI, Márcio. Meio ambiente e democracia: participação social na gestão ambiental. In: LIMA, André (org.) **O direito para o Brasil socioambiental**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002. p. 49-53.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Notas acerca de um direito fundamental à integridade do sistema climático. **Consultor Jurídico**, 23 abr. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3IBCQcw>. Acesso em: 13 jan. 2024.

SOBRAL, Leonardo; LENTINI, Marco W.; CARVALHO, Tomás. Não podemos repetir o erro que cometemos com o pau-brasil: para fazermos uso econômico dos produtos madeireiros e não-madeireiros das florestas da Amazônia, devemos abandonar o modo de exploração que fizemos na Mata Atlântica. **Eco**, 2 maio 2021. Disponível em: <https://oeco.org.br/analises/nao-podemos-repetir-o-erro-que-cometemos-com-o-pau-brasil/>. Acesso em: 17 jan. 2024.

SOCIALISTA MORENA. O Norte é nosso Sul. **Socialista Morena**, 12 out. 2012. Disponível em: <https://www.socialistamorena.com.br/nosso-norte-e-o-sul/#:~:text=N%C3%A3o%20deve%20haver%20norte%2C%20para,Norte%E2%80%9D%2C%20escreveu%20Torres%20Garc%C3%ADa>. Acesso em: 17 jan. 2024.

SOUSA SANTOS, Boaventura de; MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do Sul**. Rio de Janeiro: Coimbra, 2009.

TAVOLARO, Sergio Barreira de Faria. **Movimento ambientalista e modernidade**: sociabilidade, risco e moral. São Paulo: Annablume/Fapesp, 2001.

ZIZEK, Slavoj. **Problemas em el paraíso**: del fin de la historia al fin del capitalismo. Traducción de Damià Alou. Barcelona: Anagrama, 2016.

## FEDERAÇÃO COMO ORGANIZAÇÃO NA TEORIA DE NIKLAS LUHMANN

### *FEDERATION AS AN ORGANIZATION IN THE THEORY OF NIKLAS LUHMANN*

Luís Antonio Zanotta Calçada<sup>1</sup>  
*Universidade de Santa Cruz do Sul*

Janriê Rodrigues Reck<sup>2</sup>  
*Universidade de Santa Cruz do Sul*

#### **Resumo:**

O trabalho busca a avaliação das federações sob o norte da Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann considerando-se essas enquanto inseridas na sociedade. Com ponto de partida temos a apresentação do referencial teoria da teoria luhmanniana, com o posterior delineamento do que é a federação partindo-se já para a interpenetração dos conceitos e características tanto dos dois temas. A conclusão é de que a federação enquanto fato moderno pode ser amplamente explicada pela Teoria dos Sistemas Sociais luhmanniana, pois diversos de suas características perpassam o estudo da sociedade realizado pelo autor. O trabalho tem como campo de estudo as ciências sociais como base teórica para a devida aplicação na política e no direito. O estudo será realizado a partir da revisão bibliográfica e documental, utilizando o método pragmático-sistêmico.

#### **Palavras-chave:**

Federação; Organização; Sociedade; Teoria dos Sistemas.

#### **Abstract:**

This work aims to evaluate federations under the North of Niklas Luhmann's Theory of Social Systems, considering these as inserted in society. As a starting point, we have the presentation of the theoretical framework of Luhmannian theory, with the subsequent outline of what federation is, starting with the interpenetration of the concepts and characteristics of both themes. The conclusion is that federation as a modern fact can be largely explained by Luhmann's Theory of Social Systems, as several of its characteristics pervade the study of society carried out by the author. The work has as its field of study the social sciences as a theoretical basis for proper application in politics and law. The study will be carried out from the bibliographical and documental review, using the pragmatic-systemic method.

#### **Keywords:**

Federation; Organization; Society; Systems Theory.

## 1. INTRODUÇÃO

Este artigo busca avaliar as federações no campo de pesquisa realizado por Niklas Luhmann no seio da Teoria dos Sistemas Sociais. Essa possibilidade deve-se ao fato de a teoria ter sido construída como forma de explicar a sociedade, que compreende, assim, toda a complexidade do mundo.

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito no Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul. Mestre em Direito pelo Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP. Pós-graduado em Direito Administrativo. Pós-graduado em Gestão Pública. Auditor-fiscal da Receita Estadual. E-mail: lzanotta@terra.com.br.

<sup>2</sup> Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestrado pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professor do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul. Procurador Federal. E-mail: janriereck@unisc.br.

Diante de tal ponto, o presente estudo objetiva vislumbrar a resposta para a seguinte questão: como avaliar as federações utilizando-se como referência teórico a Teoria dos Sistemas Sociais luhmanniana? Tem-se, assim, a hipótese dessas serem consideradas como organizações, que justamente com interações e a sociedade compreendendo uma sociedade omniabarcadora, pois enquanto organizações é possível se vislumbrar a comunicação dos atos da federação enquanto organização para os membros do Estado.

O trabalho será desenvolvido a partir da apresentação da Teoria dos Sistemas Sociais realizada por Niklas Luhmann, com base nas referências por esse utilizada e com os principais conceitos e palavras-chaves da teoria. Com algumas questões postas será possível avaliar organizações e como as federações possuem aderência a esse tipo de sistema desenvolvido por Luhmann. Ao tratar de organizações e das respectivas propriedades, torna-se admissível a visualização de que podemos vislumbrar as federações como uma organização. Essa conclusão é cabível justamente pelo fato de as federações contemplarem as características das organizações.

Para tanto, será utilizado o método pragmático-sistêmico. O campo de estudo é o das ciências sociais pelo referencial teórico, compreendendo ainda política e direito. O tema será delineado considerados os conceitos de sistemas, federação, organização, decisão e comunicação. Será realizada pesquisa qualitativa, com base em doutrina nacional e estrangeira, buscando identificar os postos-chaves, com reflexões em relação aos tópicos tratados.

## **2. A TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS DE NIKLAS LUHMANN E A POSIÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES**

Discorrer sobre o construto teórico da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann não é simples, não somente pelo tamanho das obras, mas pela abstração e pela carga teórica envolvida. A teoria apresentada por Luhmann impõe alto grau de abstração para compreensão, sendo a própria escrita deste repleta de repetições e redundâncias, tornando-se, muitas vezes, difícil em uma primeira leitura. O próprio autor realiza, no livro “*La ciencia de la sociedad*” (1996a, p. 11), a observação para eventuais leitores impacientes, justamente pelas reclamações em virtude da redundância e repetição.

Luhmann utilizou diversas teorias para encontrar a própria teoria dos sistemas sociais, principalmente, Ludwig von Bertalanffy (teoria geral dos sistemas), Heinz von Foerster (cibernética), Humberto R. Maturana e Francisco Varela (autopoiese), George Spencer-Brown

(forma, observação como distinção e indicação), Talcott Parsons (teoria dos sistemas), Gregory Bateson (informação), somente para citar alguns. Isso demonstra a interdisciplinaridade da teoria luhmanniana, que perpassa teorias cibernéticas até estudos na área da biologia.

Ludwig von Bertalanffy (2010, p. 62) teve como anseio desenhar uma teoria geral dos sistemas, com o objetivo de formular “princípios válidos para os ‘sistemas’ em geral, qualquer que seja a natureza dos elementos que os compõem e as relações ou ‘formas’ existentes entre eles”. Luhmann, com finalidade de estudar somente a sociedade, teve como norte uma teoria dos sistemas sociais com semelhante objetivo, de ser uma teoria geral para todos os sistemas sociais.

Temas como autopoiese e acoplamentos estruturais são trazidos da doutrina de Humberto R. Maturana e Francisco Varela, com o primeiro tema explicitado (1997, p. 71) a partir da visão de máquina autopoietica que “continuamente especifica e produz sua própria organização através da produção de seus componentes, sob condições de contínua perturbação e compensação dessas perturbações”. Logo, a autopoiese é a característica de auto-organização a partir das próprias operações (produção dos componentes). A visão de acoplamento estrutural pode ser vista pelos autores (1997, p. 104) no destaque que “sistemas autopoieticos podem interatuar entre si, sem perder sua identidade, enquanto suas respectivas modalidades de autopoiese constituem fontes de perturbações mútuas compensáveis”. Os sistemas a partir da “interatuação” se “relacionam” com outros sistemas sem perder a unidade, sem perder a identidade (que é a especialização funcional).

Spencer-Brown e a forma influenciaram Luhmann a partir da visão de observação, com base na distinção e na indicação de uma *re-entry* da forma na forma. De acordo com o autor (1972, p. 1), realiza-se uma distinção a partir de um limite do qual não se pode ir de um lugar ao outro da distinção sem atravessar esse limite. Ainda conforme Spencer-Brown (1972, p. 3-4), para que seja delineado tal limite, o primeiro passo é justamente desenhar uma distinção, com a distinção do distinguido, sendo denominada *marked state* e o não distinguido de *unmarked state*, não podendo haver qualquer indicação de um desses lados sem uma distinção.

A temática do observador e observação de segunda ordem é fruto dos estudos de Luhmann acerca da doutrina de Heinz von Foerster. Foerster (2003, p. 289), ao entender imperiosa a presença do observador para os fins da operação, descreve que “*If the properties of the observer (namely to observe and describe) are eliminated, there is nothing left; no observation, no description*”, sendo necessário que “*anything said is said by an observer*”

(2003, p. 283). A observação de segunda ordem ocorre quando o observador observa a operação realizada pelo observador de primeira ordem (que é quem realiza a operação de distinção).

Para Parsons os sistemas são formados por estruturas e dessas se originam as funções, e com a existência da estrutura, pode-se, então, questionar quais são as funções dessa: uma visão estrutural-funcionalista (LUHMANN, 2010a, p. 36). Luhmann, de outro lado, entende que existem funções e que essas são as responsáveis pela definição das estruturas dos sistemas: uma visão funcional-estruturalista. Assim, a estrutura ocorre, para o último autor, conforme as funções realizadas pelo sistema (recursividade do sistema), diferentemente da teoria de Parsons, na qual as funções ocorreriam de acordo com a estrutura do sistema.

De Bateson (1972, p. 381), Luhmann trouxe a ideia de que a comunicação envolve, essencialmente, informação, sendo essa determinada como “*any difference which makes a difference*”. Isso acarretará o entendimento luhmanniano de a informação ser um componente da comunicação.

Apesar dessa interdisciplinaridade, a tese apresentada por Luhmann não é ampla, mas sim de uma teoria dos sistemas como teoria dos sistemas autorreferenciais e, mais especificamente, uma teoria dos sistemas sociais. A construção da teoria ocorreu ao longo de 30 anos, culminando no lançamento do livro *Gesellschaft der Gesellschaft* (A sociedade da sociedade, em tradução livre).

Na visão luhmanniana, o sistema não pode ser considerado como constituído a partir de uma operação de soma e pertencimento entre o todo e partes, com as partes formando o todo e o todo sendo formado pelas partes (ROCHA, 2009, p. 14). De forma simples, para Luhmann (2010a, p. 88), o sistema são as operações que distinguem/diferenciam o sistema e o ambiente/entorno.

O que separa o ambiente (entorno) e o sistema recebe o nome de forma. Considera-se a forma a partir de um espaço que é dividido por qualquer distinção, inserindo-se “uma linha fronteira que marca uma diferença” (LUHMANN, 2010a, p. 86). O que está do lado interno à forma (a linha que distingue sistema e ambiente) é o sistema (o *marked state* da forma). O que está “além” da forma é o ambiente (o *unmarked state*). A partir disso, verifica-se que o sistema possui limite, isto é, tem horizontes definidos e limitados. De outro lado, o correspondente ao ambiente é ilimitado e aberto.

Luhmann (2016b, p.17) apresenta três níveis para análise dos sistemas: o primeiro é compreendido pela existência de sistemas, cujas características permitem a análise a partir do conceito de sistema. Em um segundo nível, tem-se máquinas, organismos (órgãos vivos),

sistemas sociais e sistemas psíquicos. Dos sistemas apresentados, há três que podem ser considerados fechados, isto é, autopoieticos/autorreferenciais, e um aberto (que não se autorreproduz). Máquinas dependem de um programador, de um input que as faça funcionar, não operando “eternamente”. Acerca de sistemas vivos (organismo) e sistemas psíquicos, destaca-se ser necessária a dissociação dos sistemas vivos (organismo) e dos sistemas sociais, mesmo que se refiram ao ser humano. Os sistemas vivos realizam operações que buscam manter a vida, com as células e os sistemas parciais desse (digestivo, respiratório, etc) realizando operações. Os sistemas psíquicos correspondem aos pensamentos, cujos subsistemas parciais podem ser dor, raiva e felicidade.

No caso dos sistemas sociais, ponto que Luhmann se ateve com profundidade, pelo objetivo de criar uma teoria dos sistemas sociais, esses se referem às comunicações. Tudo o que não for comunicação não é parte do sistema social. Exemplo: um sentimento por determinada pessoa não faz parte do sistema social se não declarado, comunicado. Os sistemas sociais tomam três formas distintas: em sistemas de interação, sistemas organizacionais e a sociedade (societal system), respectivamente, interação social face a face (necessitando da presença dos partícipes), a teoria da organização (formada por decisões e muito vinculada às ciências administrativas) e sistemas funcionais (LUHMANN, 1982, p. 71). O sistema social é o ambiente dos sistemas vivo e psíquico, assim como esses são o ambiente para o sistema social.

A distinção que determina os sistemas, distinguindo-os entre o sistema e ambiente, é binária (“sim/não”), ou algo faz parte do sistema ou não faz, assim como, para o Direito, algo é lícito/não lícito; na economia, trabalha-se com ter/não ter; e na política, tem-se governo (poder)/oposição (não poder) – esses três são sistemas parciais da sociedade. A partir da aplicação da diferença, formam-se o sistema e o entorno. Se a resposta para a operação é sim, está-se dentro do sistema; se a resposta é não, faz parte do ambiente. Deve-se deixar claro que a construção do entorno não é realizada por exclusão (tudo o que não é sistema faz parte do ambiente), pois não se busca uma resposta positiva (faz parte do sistema), considerando todo o resto, por consequência, como ambiente.

Por tal motivo, pode-se afirmar que tão importante quanto o sistema para a teoria dos sistemas, também o é o ambiente. Isso, pois não há possibilidade de existência de um sistema sem um ambiente e vice-versa. Todo verso terá sempre um anverso, o que se aplica para o sistema e o ambiente.

A respeito da definição do sistema e do fato de o ambiente ser ilimitado, chega-se à complexidade. O entorno da sociedade é formado por todas as operações do mundo, já o sistema

social é formado pelas comunicações. Isso demonstra o entendimento de Luhmann (2016b, p. 208) de que a complexidade é maior no ambiente do que no sistema

No âmbito do sistema direito (sistema parcial/subsistema da sociedade), somente existem as “comunicações jurídicas”, e, fora dele, está tudo o que é comunicação “ilícita” (leia-se: não direito). Isso demonstra que sempre haverá maior complexidade no entorno do que no sistema, sempre haverá um maior número de elementos. A função dos sistemas, ao realizar a operação, é justamente a diminuição da complexidade do ambiente, acarretando o aumento da complexidade do sistema. Por esse motivo, diz-se que o sistema diminui a complexidade, aumentando-a.

Ao se falar em operação de distinção, pode-se levar a compreender a operação como uma única operação que se perpetua no tempo, o que é equivocado. A operação (distinção), que gera a forma, não se perpetua no tempo, ela simplesmente ocorre e acaba. O que se perpetua no tempo é a autorreferência entre as operações. Uma operação leva à outra operação igual. O sistema estaria, assim, em contínua autoafirmação, distinguido e delineado (limites), sendo a recursividade uma das características das operações que formam o sistema. Isso traz diversas características para a teoria luhmanniana.

O que se perpetua no tempo é a autoipse dos sistemas, com o que não se tem uma visão de presente. O tempo, então, pode ser definido na distinção entre passado/futuro. O presente é o ponto cego, isto é, um piscar de olhos, que marca o antes e o depois (LUHMANN, 2010a, p. 16). Se a recursividade forma o sistema e aquela é a continuidade de operações de distinção, então, o futuro de uma operação é sempre o passado dessa mesma.

Essa visão de tempo pode ser melhor observada quando se verifica a relação entre contingência e complexidade. Luhmann (2016b, p. 130) apresenta a contingência como “algo que pode ser assim como é (ou era, ou será), embora seja possível de outro modo”, trazendo o conceito como “o experimentado, o expectado, o pensado, o fantasiado”, com relação justamente a algo que poderia ter ocorrido de outra maneira. A contingência seria, dessa forma, o passado, “as opções que a operação” tinha no passado. Ao se decidir sobre algo, faz-se com base em algumas opções, sendo a contingência justamente essas opções existentes, assumidos os riscos de seleção ou, nas palavras de Raffaele de Giorgi (2017, p. 223), “perigo de desilusão, necessidade de ir de encontro a riscos uma vez que a seleção tenha sido efetuada”.

Para restar claro, não é o ambiente que escolhe o que o sistema considerará como sistema, mas sim o próprio sistema (sistema autopoietico). O sistema seleciona. A partir da

seleção, diminui-se a complexidade, mas, também, de outro lado, aumenta-se a complexidade no sistema.

A imensa complexidade é justamente o fato que faz o sistema requerer “o desenvolvimento de uma disposição especial para a complexidade, no sentido de ignorar, rechaçar, criar indiferenças, enclausurar-se em si mesmo”, o que o faz ser fechado (LUHMANN, 2010a, p. 179). Esse encerramento não significa um isolamento do sistema em relação ao ambiente, mas sim que as distinções/operações do sistema sejam recursivas, conforme já frisado, isto é, que o resultado de uma operação seja fruto de outra operação. Por tal motivo, diz-se que o sistema é autopoietico (sistema gera as próprias operações), pois a operação subsequente terá como referência uma operação anterior, o que faz o autor considerar que “a unidade da autopoiese não é outra coisa senão a sua constante autorrenovação” (LUHMANN, 2016b, p. 492), com todas as operações tendo origem no sistema/operações. Para que ocorra a diminuição da complexidade, é necessária complexidade, eis que “somente complexidade pode reduzir complexidade” (LUHMANN, 2016b, p. 45) pelo fato de ela significar seleção a partir de todas as possibilidades existentes.

No caso da evolução dos sistemas sociais, conforme Luhmann (2016a, p. 323), esta ocorre mediante variação, seleção e estabilização. A variação se refere aos padrões existentes antes da evolução (por exemplo, uma norma não abarcar um fato social), a seleção da estrutura acontece para que “uma nova versão” da diferença ocorra nas operações e a estabilização do sistema resulta na reprodução autopoietica, permitindo, assim, a existência do sistema (LUHMANN, 2016a, p. 323). A importância da estabilização é pelo fato de essa possibilitar a “manutenção e acréscimo do grau de compreensão e de redução da complexidade atingido através do sistema”, questionamento fulcral no âmbito das ciências sociais (DE GIORGI, 2017, p. 227). A seleção das estruturas permite que ocorra a diferenciação no sistema “de forma atualizada” e, igualmente, que posteriormente aconteça a estabilização neste. A repetição de operações forma a estrutura na qual o sistema se baseia e na qual as próximas operações irão se basear. Já a estrutura direciona as operações que determinam a estrutura, considerada essa como conhecimento, posto que “cada sistema deve saber quais são as estruturas que o constituem, que do contrário, estas não seriam operativas” (LUHMANN, 2010a, p. 323) e de “a consistência e a estabilidade” do sistema para fazer frente à complexidade do entorno dependerem da estrutura, com os sistemas sociais resolvendo o problema fundamental “generalização das expectativas de comportamento relativo ao sistema” (DE GIORGI, 2017, p. 232).

O sistema, dessa maneira, possui recursividade. A recursividade do sistema, isto é, a repetição das operações que diferenciam o sistema do ambiente, é que estabelecem as estruturas, justamente o próprio processo de diferenciação. As operações formam a estrutura, que, por sua vez, são base para a continuidade das operações, ou, nas palavras de Luhmann, “as estruturas só podem se realizar mediante operações próprias do sistema; e as operações só adquirem direcionamento porque as estruturas indicam o rumo” (LUHMANN, 2016a, p. 325).

Dentro da diferenciação funcional, o próprio sistema social sociedade se diferencia funcionalmente em seu interior, ocasionando sistemas parciais. Como afirmado, a teoria luhmanniana é funcionalista, com cada um dos sistemas possuindo uma função (a sociedade é o sistema social omniabarcador). Dentre tais sistemas parciais, funcionalmente especializados, encontram-se o Direito, a política e a economia. A especialização funcional não significa o fatiamento do sistema social (tendo em vista que o todo não é formado pela soma das partes), transformando os sistemas parciais em partes do sistema, mas somente que esse possui uma especialização, que, pela diferenciação da diferença do sistema e do respectivo entorno, é considerado um sistema parcial.

Dentre esses sistemas parciais encontra-se a política, as comunicações coletivas a partir do consenso e o direito com a normatização das expectativas, cujo acoplamento estrutural é a constituição, marco base para a constituição de uma federação, que por sua vez será composta de um dos sistemas sociais, as organizações.

### **3. FEDERAÇÃO COMO DECISÃO E ORGANIZAÇÃO**

A Federação é um fenômeno moderno, com ponto inicial o estabelecimento do federalismo no Estados Unidos a partir da convenção da Filadélfia, tendo sido precedida de discussões sobre o tema nas publicações que originaram o *The federalist Papers* de James Madison, Alexander Hamilton e John Jay. A defesa da Federação por esses autores contrapunha àqueles que consideravam que a Confederação Norte-americana deveria subsistir. Ao final, com a escolha pela Federação, é considerado que se formou a primeira Federação em um país.

Todavia, apesar da acima exposto, William H. Riker (1975, p. 93-98) compila diversas formas de governo sob as quais a expressão “federalismo” foi utilizada, desde a Grécia antiga, Estados medievais, o estabelecimento dos Cantões na Suíça no século XIII, chegando até a época moderna, com a Federação Norte-americana, a dos países latino americanos, ex-colônias britânicas e o federalismo na Alemanha e nas repúblicas comunistas. Considerado o fato de que

a figura do Estado Democrático de Direito (enquanto Estado-nação) se torna responsável e garantidora das políticas públicas, faz-se necessário o estudo dessa forma de construção do estado. E tal estudo é possível a partir do uso do referencial luhmanniano.

Luhmann (2006a, p. 600) trata o Estado como uma reflexão do sistema parcial política, sendo a autodescrição interna desse, fazendo a ressalva da necessidade de não se confundir a reflexão com a função (decisões vinculantes coletivamente). A autodescrição do sistema é a consequência de uma autodescrição dos sistemas. No caso do sistema política, cuja função é buscar o consenso na sociedade, realizando decisões a partir desse, o Estado é a forma que a política se autodescreve.

Para Luhmann (2006a, p. 828-834) o tema é visto como a produção de unidade em um Estado (nacional) próprio, com a inclusão (dos entes) que independe dos sistemas funcionais (pois enfatiza mais a divisão segmentária – a mesma que liga famílias e tribos, possuidores de traços em comum), mas que obriga a política, por exemplo, a respeitar todos os membros como iguais. Desse entendimento, retira-se como consequência inclusão/pertencimento na federação (para os fins aqui propostos). Faz-se menção, entretanto, que Luhmann trata a sociedade como uma sociedade global, mas, a partir de tal viés, todos seríamos cidadãos do mundo e não cidadãos de um determinado país. Organização, de acordo com o autor (1982, p. 75), são sistemas sociais que possuem regras estabelecidas para a inclusão, cujos membros devem aceitar tais condições para integrar e para se retirar-se, localizada no mesmo nível do sistema sociedade e o sistema de interação. Ocorre que, no estabelecimento de Estados, encontra-se a questão da nacionalidade, ou seja, quem é natural/cidadão de cada um dos países do globo. O constructo “nação” não é uma organização, mas se pode utilizar da noção de filiação/pertencimento para a determinação de nacionalidade. Para avaliar o pertencimento à determinado país, pode-se utilizar de uma diferença como nacional/estrangeiro. E emprestada a sistemática de pertencimento a uma organização, é o Estado que irá decidir quem é nacional (inclusão) e quem é estrangeiro (exclusão).

Essa inclusão é uma operação seletiva, na qual a organização existente decide as regras para o pertencimento dessa organização. Essas regras não envolvem somente a inclusão, mas também para permanecer incluso. Diferentemente da regra geral dos sistemas sociais, de inclusão (a sociedade é um sistema social omniabarcador, ou seja, tudo está incluso), sendo assim explicada por Luhmann (2006a, p. 669):

*todos— como el caso normal. Para las organizaciones vale lo opuesto: ellas excluyen a todos excepto a los miembros elegidos de manera altamente selectiva. Esta*

*diferencia en cuanto diferencia es decisiva para la función; porque únicamente con ayuda de organizaciones formadas internamente pueden los sistemas funcionales regular su propia apertura a todos y tratar a las personas en forma distinta aún cuando todos tienen el mismo acceso.*

Para Marcelo Arnold-Cathalifaud (2012, p. 28), as organizações operam a partir de uma base de exclusão total e não inclusão, com os membros constituindo o espaço visível. Federação (Estado Federal), sob o prisma de Georg Jellinek (2000, p. 662), "*es un Estado soberano formado por una variedad de Estados*", sendo que a soberania "*nace de la unidad estatista de los Estados miembros*". Como característica de uma federação, tem-se (a) união de Estados membros e (b) soberania do Estado federal formado a partir desses. O código soberania/não soberania é aplicável tanto aos Estados membros como em relação ao órgão constituído - confederação/federação. Para evitar um paradoxo de soberania e não soberania na análise da questão, a diferenciação deve ser vista não a partir do órgão, mas sim a partir do questionamento de em qual *locus* encontra-se a soberania, com a código Estado federal/Estados membros diferenciando federações e confederações. Tal sistemática exemplifica uma das características do federalismo, a soberania do Estado federal.

Apesar de não ser uma única organização, pode-se explicar a federação e suas características a partir de uma organização com base na Teoria dos Sistemas Sociais e de outros pontos da teoria. Nesse tópico, explicar-se-ão características da federação sob o enfoque da organização e, no seguinte, englobando ao enfoque como o restante da teoria luhmanniana.

Quando se trata de Estado, visto como a autodescrição do sistema política e cujo norte são as decisões vinculadas coletivamente, é importante apresentar decisões e organizações. A política possui um código governo/oposição que envolve algo sob o qual se tenha poder. O poder político, no qual existe o poder, se organiza sob a ótica do Estado, simbolizando, conforme Rafael Lazzarotto Simioni (2009, p. 329), "a unidade da diferença entre direito e política". O Estado federal não tem como ser personalizado em uma única organização, como se vislumbrará, mas o será por intermédio das organizações (união, governo federais, Municípios), que emitirão decisões, motivo pelo qual não se pode citar organizações, sem falar de decisões.

Organizações, para Luhmann (2006a, p. 658), são sistemas autopoieticos cujas operações são a comunicação de decisões, produzindo decisões a partir de decisões, sendo operacionalmente fechados. As organizações são um fenômeno social relativamente moderno, que têm a ver com os processos de modernização dos dias de hoje com o aumento da complexidade social e os processos de diferenciação funcional. Esse fenômeno aumenta o

número de organizações existentes e o próprio aumento na quantidade gera acréscimo na complexidade e na multiplicação de organizações. Não se pode olvidar que, hoje em dia, as soluções frente aos problemas existentes de um sistema social estão sendo realizadas por organizações.

As organizações se estabelecem internamente nos sistemas sociais (compostos, conforme Luhmann, por sociedade, interações e organizações), tendo por tal motivo, um entorno social determinado por comunicações (MANSILLA, 2010, p. 16). Ocorre, *in casu*, que as organizações são um sistema comunicacional diferenciado, de acordo com a especialização funcional (decisão), comunicando decisões à sociedade. Conforme Darío Rodríguez Mansilla (2010, p. 16), a sociedade encontra-se também no âmbito das organizações, não se situando somente no entorno dessas, citando como exemplo a ordem de um chefe para um subordinado, que é uma comunicação que colabora para a autopoiese da sociedade e da organização, ao mesmo tempo.

No caso do Estado como administração, Luhmann (2014, p. 105) afirma que a relação, no âmbito desse, entre política e administração é uma distinção entre em cima/embaixo e fim/meio, sendo a política a parte de cima e o fim e a administração o embaixo e meio, tendo em vista que a administração é a executora das decisões da política. De outra forma, pode-se apresentar tal diferenciação entre agentes políticos e os servidores de carreira ou, de outra forma, entre a clássica apresentação de primeiro escalão de governo e os demais. Os agentes políticos tomam as decisões vinculantes coletivamente e cabe ao corpo técnico (administração) a materialização das decisões na sociedade (materialização essa que também são decisões).

Organizações são formadas por decisões, ou melhor, “pelo conjunto” de decisões. Como sistema social, comunicam, lembrando que comunicações são comunicações de comunicações. Como sistema especializado, cujo diferencial funcional são as decisões, as organizações decidem decisões, comunicam decisões. A organização é, então, um sistema autônomo autopoietico (operações de operações), sendo um entremeado de decisões. São sistemas autônomos denominados de funcionalmente diferenciados, pois a comunicação desses são as decisões. Uma forma de averiguar o funcionamento é na operação de que “se decidiu porque se decide porque se vai decidir”, estabelecendo-se uma decisão após a outra, formando a estrutura da organização.

As organizações no âmbito das federações podem ser vistas a partir das características dessas. O que delinea uma federação não tem uma uniformidade na doutrina, mas possui um núcleo comum de características inseridas pela doutrina e inclusões de outros atributos. O

primeiro item é a existência de, no mínimo, dois níveis de governo (ANDERSON, 2009, p. 19), que correspondem ao Estado federal (nacional) e aos Estados-membros (regional). Não somente o Brasil, mas também outros países, como Índia, Nigéria e África do Sul (KINCAID, 2005, p. 410), incluem os Municípios como um terceiro ente federal. Nas federações, existem dois ou três *locus* de poder, de onde as decisões serão emanadas. Dessa forma, haverá, no mínimo, duas ou três organizações que comunicam suas decisões à sociedade. Ao analisar-se amiúde as organizações que compreendem os poderes, restará cristalino que deverão existir organizações com relação aos respectivos entes da federação. No caso brasileiro, a União Federal, os vinte e sete Estados-membros e Distrito Federal e os Municípios brasileiros. Há de se considerar ainda dois aspectos: (a) as funções de Estado são divididas de acordo com as atribuições realizadas em executiva, legislativa; e judiciária; e (b) a Administração Pública é composta de Administração Pública Direta e Indireta.

A Administração Direta vem ao encontro do conceito de desconcentração, o qual contém justamente a busca por organizações funcionalmente especializadas na matéria. No caso da descentralização, tal fato ocorre pela criação de autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mistas e fundações públicas. Todas estas existem por conta de uma decisão consensuada (política) para a realização de competências decisórias. Tanto a descentralização como a desconcentração administrativa devem ser vistas como especializações funcionais de organizações. A diferença entre elas, para delinear a questão, é que na desconcentração sempre haverá organizações (Ministérios, por exemplo) dentro de organizações e, na descentralização, as organizações podem ser vistas como externas ao ente.

A atual sociedade e sua rápida transformação implicam no acompanhamento e adaptação do sistema organização, o que é extremamente difícil. A sociedade produz mais complexidade do que as organizações podem realizar a redução. A consequência natural é uma maior hierarquização, com estruturas decisórias/comando (LUHMANN, 2010b, p. 50) e uma maior padronização de atos e decisões (e uso de precedentes) para a diminuição da pressão de decisão com base no aumento da complexidade (LUHMANN, 2010b, p. 83).

Se a organização (administração) necessita, para as decisões, de informações do público (sociedade/administrados) (LUHMANN, 1980, p. 171), pode-se inferir que, quanto maior a complexidade do ambiente da organização administração pública e maior o número de decisões, haverá aumento de conhecimento da sociedade por parte da organização. Quanto mais decisões a organização realizar sobre acontecimentos sociais, mais absorverá informações sobre

a esfera pública que possibilitarão a melhoria das decisões. Tudo isso para possibilitar a redução de complexidade que objetiva as decisões.

Como a organização se desenvolve a partir de sua estrutura com a aplicação de operações de decisão, comunicando decisões, a partir dessa operação se distingue do ambiente. Com isso, volta-se à operação das organizações, quais sejam: decisões como comunicação de decisões. A Federação decide e o que é decidido deve ser informado. Então, nessa decisão, consta, obrigatoriamente, uma informação. Decisão que não é comunicada é como pensamento para o sistema social, não faz parte do sistema.

Se as organizações (Federação) decidem sobre o que desejam que seja comunicado (as decisões) ou não (LUHMANN, 2010b, p. 76), é evidente a existência da decisão de comunicar sobre decisões. A possibilidade de as organizações comunicarem em seu próprio nome ocorre, na visão de Luhmann (2010b, p. 448), porque estabelecem (por decisão) regras para a inclusão de seus membros, obrigando-os a se aceitarem como membros e reconhecer as decisões da organização.

O fechamento operacional das organizações com base nas decisões e a respectiva estrutura é formada por decisões. As decisões formam a estrutura das organizações, que servem como base para as decisões. Então, a própria organização decide como decidir. Isso, pois a complexidade do mundo também atinge (por ser parte da sociedade) as organizações e essas, consideradas as inúmeras possibilidades de decisões (alternativas), se utilizam de premissas para a tomada de decisões (LUHMANN, 1993, p. 120-121). As decisões da organização operacionalizam-se com base em três premissas decisórias: (a) programas (condicionais) são estabelecidos por parte da organização para que se possam avaliar a correção das decisões, o que é feito, por exemplo, pelo direito, quando determina requisitos/condições para o ato administrativo (decisão); (b) estabelecimento de estruturas de meios (vias) de comunicação, como a estrutura de um órgão público; e (c) deliberação de quais os atores fazem parte da organização e qual a respectiva competência para a decisão (ressaltando que a própria definição de competência já é uma decisão) (CORSI; ESPOSITO; BARALDI, 1996, p. 121-122).

Sendo uma operação (que distingue organização dos demais sistemas), a decisão também marca a diferença entre passado/futuro. Nunca se pode retornar uma decisão, voltar atrás no decidido, eis que o que foi decidido assim o foi. Uma decisão errada não pode ser desfeita, mas poderão ser realizadas novas decisões com o objetivo de remediar as consequências que aquela decisão realizou. Isso, porque para Luhmann (2010b, p. 171) o mundo se transforma a partir da decisão, não sendo mais o mundo existente no momento da

decisão, sendo essa alteração do(no) mundo algo irrenunciável quando se decidirá. Então, toda decisão sempre trará mudanças sociais, alterará o *status quo* existente na sociedade (o que facilita visualizar políticas públicas como forma de alterar o mundo).

A decisão realiza uma distinção entre o passado e o futuro, trazendo algo novo. Considerada a decisão como tempo, diferenciação entre o passado e o futuro, a decisão será o agora, eis que somente o agora pode distinguir o passado e o futuro. Mas o agora não participa da visão de tempo. Os acontecimentos somente podem ser definidos como passado ou como futuro, sendo o tempo/agora, o que irá os definir. Quando ocorre a decisão, ela acontece com base no passado (contingência) a partir da complexidade que nos é apresentada (futuro). A complexidade é tudo o que eu posso vir a decidir, caracterizando-se a contingência como as escolhas que eu poderia ter realizado, e a decisão é a redução da complexidade. Como aspecto temporal, não se pode voltar atrás na decisão e decidir novamente (alterar uma decisão por outra), mas somente realizar uma nova decisão, com o condão de substituir a primeira.

As decisões podem ser aprimoradas, eis que as organizações podem decompor uma decisão em diversas (sub)decisões. E, a partir das últimas, estabelecer melhores critérios para aperfeiçoar as decisões ou, como destacado por Luhmann (1997, p. 23), “melhor as decisões somente de maneira que sejam melhoradas por decisões”. Isso demonstra o caráter autopoietico do sistema organizações, pois somente a organização (decisões), com base nas próprias operações (decisões), pode “evoluir” o sistema (o evoluir está entre aspas tendo em vista significar uma alteração na estrutura do sistema, mas não necessariamente que essa seja “progressiva”, poderia até mesmo involuir, como se se voltasse para um Estado absolutista).

A federação, então, desenha-se luhmannianamente como uma série de organizações que devem decisão considerada a complexidade social na qual estão inseridas (sociedade mundial). Não existe, por exemplo, uma sociedade paulista ou baiana, mas somente, no âmbito da federação brasileira e do Estado-membro São Paulo ou Bahia, a organização “Estado do Rio Grande do Sul” composta por organizações. Os diferentes níveis de governo (federal, estadual e municipal) são representados por organizações cuja finalidade é decidir. Se detalhará além sobre as organizações (entes federativos) e políticas públicas, mas já se pode adiantar que, nessas decisões, incluem-se as sobre políticas públicas e sobre direitos fundamentais, conforme entendimento de Luhmann (2019, p. 153) sobre o Estado de bem-estar:

O Estado de bem-estar sustenta e promove, de acordo com suas intenções, a autorregulação da vida social, mas partido do princípio de que esta não concede a todo

indivíduo as melhores oportunidades possíveis de participação nas benesses da vida social, em vez disso, exigindo, nesse ponto, medidas compensatórias.

Do excerto acima urge o questionamento: como os entes federativos decidirão para a realização das atividades do Estado e consecução das atribuições do atual Estado de bem-estar de forma a minimizar a citada baixa capacidade de processamento de informações diante da complexidade do mundo que as organizações possuem? A resposta consta nas demais características da federação.

#### **4. FEDERAÇÃO COMO POLÍTICA E DECISÕES DAS RELAÇÕES COMPLEXAS ENTRE OS ENTES**

A federação ainda contempla, de acordo com a doutrina, inúmeras outras características, além das citadas de duas ou três esferas governamentais. Watts (2013, p. 25) traz ainda, como características, (a) a distribuição formal de atribuições, incluindo a constituição de fontes de receitas, garantidos certos *locus* de autonomia dos entes; (b) existência da possibilidade de participação dos entes federativos nas decisões da União federal (senado); (c) uma constituição escrita, com a possibilidade de alterações somente por sistemática mais rígida do que a aprovação de leis; (d) a figura de um órgão com competência para decidir sobre litígios entre os entes; e (e) processos e/ou instituições com a finalidade de colaboração nas áreas cujas competências se sobrepõem. As mesmas características são elencadas por Anderson (2009, p. 19), mas Kincaid (2005, p. 419) é mais amplo no rol de características, relacionando em primeiro lugar uma constituição, devendo nessa constar 15 tópicos, incluindo além dos 5 itens já expostos, mais regras como, por exemplo, regras de controle pela população das ações estatais e um rol mínimo de direitos humanos a serem assegurados.

Na literatura pátria, tem-se Raul Machado Horta (2010, p. 275) com a federação contando, ainda, com a possibilidade de intervenção da União federal nos Estados-membros. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2018, p. 880-883) não elencam, como característica da federação, existência de Estados-membros, mas essa se subentende quando da explicação de soberania (federação) e autonomia (Estados-membros), incluindo ainda a inexistência de direito de secessão no rol. Dalmo de Abreu Dallari (2016, p. 253-255) inclui, como característica, a perda da cidadania dos cidadãos com relação aos Estados-membros para o Estado federal (aplicável quando se trata de federação por agregação, o que não é o caso brasileiro – que foi por desagregação). Por questões metodológicas, serão avaliados pontos da

Federação brasileira considerada a necessidade de uma constituição escrita e a distribuição de atribuições (competências).

No sistema político, a comunicação existe para que a informação sobre o que se formou um consenso vinculante à sociedade seja repassada para os membros do sistema social. Assim, as decisões vinculantes partem do sistema político para a sociedade por intermédio da comunicação. Tem-se, dessa forma, uma decisão política, que é toda a comunicação cujo objetivo é organizar as possibilidades de consenso dessas decisões vinculantes (NAFARRATE, 2004, p. 264). O sistema político é interno ao sistema social, servindo, como dito, para a determinação do consenso de decisões que vinculem coletivamente os membros do sistema social (sociedade). Ocorre que também é necessário que seja garantida a manutenção dessas decisões, que haja uma forma de que não seja deturpada ou desconsiderada a construção política ocorrida, e isso acontece pela Constituição.

Sobre a necessidade de uma Constituição escrita, segue-se a doutrina de Karl Loewstein (1979, p. 356): “*Ningún Estado federal puede funcionar sin una constitución escrita ésta es la encamación del contrato sobre ‘la alianza eterna’*”. Para compreender melhor a frase acima, necessita-se reforçar a função dos sistemas parciais direito e política. Em breve recapitulação, para Luhmann, o sistema social (cuja operação são as comunicações) inclui os sistemas de interação, as organizações e a sociedade. A sociedade, omniabarcadora de todos as comunicações, inclui, no respectivo interior, os sistemas parciais. Esses sistemas parciais são sistemas funcionalmente especializados/diferenciados. Toda operação relativa ao sistema só existe no interior do sistema.

A política e o direito, cada um dentro da sua especialização/diferenciação funcional, são sistemas parciais da sociedade. A Política tem a função de realizar decisões vinculadas coletivamente (NAFARRATE, 2004, p. 143) e o do direito a de assegurar a manutenção das expectativas (ARNOLD; RODRÍGUEZ, 1999, p. 167).

Os sistemas parciais podem se utilizar de outro sistema parcial para a realização de operações próprias, a partir de um acoplamento. Essas relações agem sob a denominação de acoplamentos estruturais, que correspondem a certas relações entre sistemas, em que um sistema confia na estrutura do outro (LUHMANN, 2016a, p. 590/591) utilizando essa confiança como uma irritação que possibilita a evolução do sistema, funcionando a partir de relações analógicas e digitais (LUHMANN, 1996a, p. 34/36). Funcionam de forma analógica, pois existem ao mesmo tempo (o tempo decorre tanto para a política como para o direito); e processam a relação com outro sistema de forma digital, da forma especializada pelo respectivo

sistema – cada sistema processa a operação no seu próprio tempo (LUHMANN, 2016a, p. 591/592).

Se a federação é fruto de uma decisão de cada um dos Estados-membros, é imperioso que essa união seja garantida. Logo, havendo tal imperativo, deve-se buscar algo que atue como “garantidor” do status erigido pelas decisões. Esse “garantidor” é justamente a função do sistema jurídico. Como os sistemas são uma função de sistema/ambiente, acaba sendo necessário um acoplamento entre as estruturas dos sistemas político e jurídico. Tal acoplamento estrutural seria realizado pela federação - Estados-membros - (emitente das decisões/comunicações de se unirem em uma federação), utilizando-se uma Constituição (NAFARRATE, 2004, p. 368). Cabe, então, ao direito operar “na forma da comunicação mediante a proteção de limites erigidos pela sociedade”, devendo “marcar tudo o que tem de ser tratado como comunicação jurídica no sistema” (LUHMANN, 2016a, p. 47). Os “limites erigidos” pela sociedade são justamente o consenso sobre as decisões vinculantes, posto que essas determinam limites (comportamentos positivos ou negativos).

Compreendendo-se que a Constituição é um acoplamento estrutural entre política e direito, tem-se que, a partir da Constituição, a política encontra possibilidades de aceitar o direito como instrumento para alcançar fins políticos e o direito consegue observar a política, sendo uma possibilidade de observação do direito a partir do ponto de vista da política e vice-versa (NAFARRATE, 2004, p. 368/369). O direito, para a política, no caso da condução dos processos políticos constitucionalizados, realiza a manutenção das expectativas que os atores políticos terão no iter do processo de chegada ao consenso para as decisões vinculantes coletivamente. O direito, dessa forma, observa a política sob o seu código, com as regras do jogo devidamente esclarecidas (para a manutenção das expectativas) e que, qualquer um que realizar comunicações políticas saberá como deverá ser realizada, sob pena de agir contra o direito.

Aproveita-se o exemplo para apresentar a segunda característica, a distribuição de atribuições entre os entes que compõem a federação, a delimitação das competências de cada organização. Como a federação é a união de Estados-membros em um ente maior, com a perda da soberania em prol da União federal, mas não da autonomia, torna-se claro que há a necessidade de definição das esferas de atuação de cada ente. Se a Constituição, como texto jurídico conformador das decisões políticas, traz em seu bojo as regras do jogo político, também o deverá trazer qual o campo de atuação de cada um dos entes.

Os Estados-membros, como organizações e a partir da operação dessas (decisões), tomaram a decisão de se unirem em um ente maior (União) e, também fruto de uma decisão, decidiram qual a esfera de atuação de cada um, ou, em outras palavras, definiram as atribuições/competências. Se as operações dos sistemas reduzem a complexidade do ambiente e sendo a organização um tipo de sistema, as decisões sempre terão o condão, como visto, de reduzir complexidade. Conforme Janriê Rodrigues Reck (2018, p. 34-35), “a função da competência é diminuir a complexidade de opções possíveis de alternativas de uma decisão a ser tomada a partir do Direito por um órgão e um agente”. A partir de tal conceito, verifica-se que a competência delimita o âmbito de decisão da organização e, por consequência, dos órgãos e dos agentes.

As competências delimitadas constitucionalmente são a distinção e indicação sobre o que cada ente federativo irá decidir. As competências, então, são decisões sobre decisões. A organização Assembleia Nacional Constituinte, ao formar o documento jurídico-político Constituição, decidiu sobre o tema. Os entes, ao decidirem sobre as matérias lá elencadas, decidiram sobre uma decisão. Com a existência dessas competências constitucionais, os entes federativos podem decidir dentro do permitido na norma. Quando se comenta sobre redução das decisões dos entes, deve-se frisar que isso resulta na própria redução de decisões dos órgãos e agentes públicos e na legitimação dessas decisões. Estando as decisões dos órgãos e agentes na seara da competência de suas atividades, diz-se que a decisão é legítima. E competência é justamente um dos elementos do ato administrativo. Exercer competência, dentro do sistema política (o que o governo pode realizar), é justamente decidir sobre decisões (sobre a competência outra decidida/determinada).

As organizações, por intermédio das decisões, realizam a absorção de incertezas. Se não houvesse a delimitação de competências, restaria à federação uma incerteza absoluta sobre qual seria a seara de atuação de cada ente. Como poderia um Estado-membro decidir sobre o fornecimento de uma medicação se ele não soubesse se poderia, ou não, realizar tal ação? Isso ocorre pelas premissas de decisão.

Competências, na visão luhmanniana, podem ser consideradas como premissas de decisão, ou seja, como sistemática para a correta elaboração de decisões pela organização, sendo elas mesmas uma decisão. Pecando por colacionar trecho extenso, demonstra-se como essas premissas de decisão atuam nas competências estipuladas na Constituição brasileira a partir do texto abaixo:

*Llamaremos programas de decisión a estas condiciones regulativas para decidir correctamente (o, en caso contrario, erróneamente). Sin embargo, también hay tipos muy diversos de premisas de decisión que sirven para completar, o incluso reemplazar, la programación detallada. Por medio de premisas de decisión, se pueden prescribir también vías de comunicación, que deben ser respetadas para que la decisión sea reconocida como propia de la organización. Em este caso, se trata de competencias estipuladas como premisas de decisión; ante todo, del derecho de impartir directivas vinculantes, aunque también del derecho a ser escuchado. [...] Finalmente, también pertenece al concepto de decisión por premisas de decisión la regulación del uso de personal -sea de manera ad hoc, sea en la forma de la asignación de personas a funciones o puestos- debido a que las personas [...] son elegidas porque [...] porque se piensa que son apropiadas para determinadas tareas. (LUHMANN, 2010b, p. 264-265).*

Tem-se, assim, as competências como determinação de premissas de decisões de “quem” (atores estatais – servidores públicos), “como” (canais de comunicação) e “o que” (os programas de decisão, o conteúdo da norma de competência). Quando se trata de competências como decisões de decisões, deve-se vislumbrar que a definição do próprio programa de decisão foi fruto de uma decisão (no caso realizada pelo constituinte originário).

Todavia, decisão sobre competências (e óbvio, a própria competência em sim) não somente são faculdades, mas também são atribuições, que obrigam os entes a tomarem decisões sobre os assuntos constitucionalmente definidos. Luhmann (2010b, p. 299) compreende que os programas de decisão são tarefas que devem ser cumpridas pela organização. Em sendo tarefas, é dever da organização decidir sobre o tema Competências, sob o prisma do direito administrativo, consubstancia-se então em um poder-dever de decidir, pois sendo uma tarefa, não poderá deixar de a realizar sob pena de ser caracterizada a omissão estatal quanto ao tema. A distribuição de tarefas traz maior estabilidade para a organização, tendo em vista que, ao saber cada ator (organização política) o seu papel no âmbito do desenvolvimento das atividades, pode se focar nessas atribuições.

Com as competências, as organizações “entes federativos” adquirem diferenciação funcional, especializando-se funcionalmente em determinadas atribuições (competências). A definição de competências específicas para cada ente tem o condão de gerar o benefício da maximização dos recursos públicos frente aos cidadãos atendidos. Se todos os entes atuassem em todas as áreas, haveria um sobreamento desnecessário na prestação de política pública. Com o estabelecimento de competência, os entes somente decidem (sobre políticas públicas, por exemplo) na respectiva área de atuação, focando somente naquilo em que é especializado funcionalmente.

E, mesmo dentro de cada ente federativo, há a possibilidade, considerada a autonomia dos entes de autoadministração, de serem criadas organizações da organização mediante diferenciação e especialização funcional.

A necessidade de exercer a competência – competência como tarefa – e a existência de um Estado Social executor de prestações sociais é referenciada na doutrina luhmanniana como o meio de comunicação simbolicamente generalizado poder. Conforme Luhmann (1985, p. 17) a comunicação por intermédio do meio poder não necessita meramente da vivência, da comunicação entre alter e ego, mas depende de um agir. Poder estatal, para os fins do presente estudo, e de acordo com a teoria envolve uma ação por parte da organização. A organização, ao realizar atos estatais sempre age e, por agir, sempre o faz com base no meio poder. A decisão em si é um agir, é a expressão da organização.

É importante lembrar que decisões diminuem a complexidade do ambiente, aumentando a da organização. Competência, nessa seara, é a decisão que reduz a complexidade do ambiente, aumentando a complexidade a ser trabalhada no âmbito das organizações dos entes federativos, por sua vez, fechados operacionalmente e estruturados por decisões. Concomitantemente com a redução da complexidade do ambiente, a organização absorve incerteza, transformando-a em risco de acontecimento de um dano futuro, pois nunca decidirá com base em todas as informações do mundo a partir de um processamento precário que possui. Por fim, salienta-se que, na sociedade atual, considerada a complexidade do mundo, muitas organizações deixam de decidir, fazendo com que haja uma omissão estatal, sendo essa omissão uma decisão pela omissão. A própria não execução de políticas públicas é uma decisão de não decidir (se omitir). Como bem refere Luhmann (2006a, p. 665-666), *“ada la creciente complejidad de decidir con base en decisiones basadas en decisiones basadas a su vez en decisiones, la autopoiesis desarrolla estructuras que se acomodan a ello y una creciente tendencia a decidir no-decidir”*, o que tem impacto direto, no caso das políticas públicas, na implementação das garantias constantes na Constituição de 1988.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como espelho da complexidade social, a federação é tão complexa quanto a sociedade em que se insere, sendo o arcabouço teórico da Teoria dos Sistemas Sociais um referencial útil para a análise do tema. Isso, pois tema complexo como o trabalhado é bem desenvolvido a partir da combinação e recombinação de elementos, como os trazidos pela teoria de Niklas Luhmann.

As federações enquanto organizações estão inclusas na sociedade Mundial, pois, para Luhmann, a sociedade é Mundial. A utilização da teoria de sistemas sociais é plenamente cabível e possibilita a análise da federação como fruto da decisão da operação do sistema parcial política, formalizada por normas jurídicas.

A federação tem como fundamento a Constituição Federal que é justamente o acoplamento estrutural entre o sistema política e o sistema Direito. A federação pode ser, dessa forma, observada a partir do ambiente como inserida no sistema parcial política e sistema parcial Direito. Essa observação, sob o prisma do sistema parcial política, é fruto de decisões vinculantes coletivamente e não outorgada aos administrados. Observar a Federação sobre a operação lícito/não lícito do sistema parcial Direito significa o estabelecimento das expectativas dos habitantes dessa. Com base na função do Direito, não haverá a surpresa de que essa Federação amanhã ou depois se transformará em uma ditadura ou em um regime teocrático. Também se tem conhecimento, pela utilização da operação do sistema Direito, que a Federação tem regras para a decisão vinculante coletivamente (procedimento para as decisões vinculadas coletivamente).

Com isso, podem-se compreender características de uma federação, que são a existência de estados-membros de entes federativos e a delimitação de competências. As competências são decisões sobre decisões e decisões sempre são decisões de organizações. A definição das competências de cada ente federativo é a decisão vinculada coletivamente (política) a todas as organizações sobre a matéria sob a qual cada uma poderá decidir, a área de atuação de cada uma das organizações Estados-membros.

## REFERÊNCIAS

ANDERSON, George. **Federalismo**: uma introdução. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

ARNOLD-CATHALIFAUD, Marcelo. Las organizaciones como sistemas sociopoieticos: metodología y práctica. **Século XXI – Revista de Ciências Sociais**, Vol. 2, nº 1, p.09-42, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/seculoxxi/article/view/6383/4038>. Acesso em: 6 jun. 2022.

BATESON, Gregory. **Steps to na ecology of mind**. New York: Ballantine Books, 1972.

BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria geral dos sistemas**: fundamentos, desenvolvimento e aplicações. 5 ed. Tradução: Francisco M. Guimaraes. Petrópolis: Editora Vozes, 2010.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **GLU**: glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann. Tradução: Miguel Romero Perez e Carlos Villalobos com a direção de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DE GIORGI, Raffaele. **Ciência do direito e legitimação**: crítica da epistemologia jurídica alemã de Kelsen a Luhmann. Tradução: Pedro Jimenez Cortisano. Curitiba: Juruá, 2017.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 5 ed. rev. e atual. por Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Tradução e prólogo de Fernando de los Ríos. México: FCE, 2000.

KINCAID, John. Comparative observations. *In*: KINCAID, John. TARR, G. Alan. **A global dialogue on federalism**, Volume 1: Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries. Montreal: McGill-Queen's, 2005.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1979.

LUHMANN, Niklas. **A legitimação pelo procedimento**, Tradução: Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília. Editora Universidade de Brasília. Brasília. 1980.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**: Aulas publicadas por Javier Torres Nafarrafe. Tradução: Ana Cristina Arantes Nasser. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010a.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, Universidad Iberoamericana, 2006a.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução: Saulo Krieger, tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016a.

LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo. Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociología. Pontificia Universidad Católica de Chile, 1997.

LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. México: Herder, Universidad Iberoamericana, 2010b.

LUHMANN, Niklas. **Poder**. Tradução: Martine Creusot de Rezende Martins. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1985.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais**: esboço de uma teoria geral. Tradução: Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior, Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016b.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia política**. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

LUHMANN, Niklas. **Teoria dos sistemas na prática**: vol. II, diferenciação funcional e modernidade. Editado por Leopoldo Waizbort, Tradução: Érica Gonçalves de Castro e Patrícia da Silva Santos. Petrópolis: Vozes, 2019.

LUHMANN, Niklas. **Teoría política en el Estado de Bienestar**. Versão em espanhol e introdução de Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Editorial, 1993.

LUHMANN, Niklas. **The Differentiation of Society**. Traduzido por, Stephen Holmes e Charles Larmore. New York: Columbia University Press, 1982.

MANSILLA, Darío Rodríguez. Introducción: la teoría como pasión. *In*: LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Tradução: Darío Rodríguez Mansilla. México: Herder, 2010.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco J. **De máquinas e seres vivos**: autopoiese - a organização do vivo. 3. ed. Tradução: Juan Acuña Liorens. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann**: la política como sistema. México: Universidad Iberoamericana; Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, FCE, 2004.

RECK, Janriê Rodrigues. Observação pragmático-sistêmica das políticas públicas e sua relação com os serviços públicos. *In*: BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. **Políticas públicas e matriz pragmático-sistêmica**: os novos caminhos científicos do Direito Administrativo no Brasil [recurso eletrônico]. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018.

RIKER, William H. Federalism. *In*: GREESTEIN, Fred I; POLSBY, Nelson W (org). **Handbook of Political Science**. Massachusetts: Addison-Wesley Publishing Company, 1975, v. 5, p. 93-172.

ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico II. *In*: Rocha, Leonel Severo; Schwartz, Germano, CIAM, Jean Ciam. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito**. 2.ed., rev. e ampl. Livraria do Advogado Editora, 2013.

RODRÍGUEZ, Darío; ARNOLD, Marcelo Arnold. **Sociedad y teoría de sistemas**: Elementos para la comprensión de la teoría de Niklas Luhmann. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1999.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Organização do poder político: o estado constitucional em Niklas Luhmann. **Prismas**: Direito, Políticas Públicas e Mundialização (substituída pela Revista de Direito Internacional) Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial., Brasília, v. 6, n. 2, p. 329-349, jul./dez. 2009.

SPENCER-BROWN, George. **Laws fo form**. New Yoirk: E.R Dutton, 1972.

VON FOERSTER, H. Ethics and Second Order Cybernetics. *In*: **Understanding Understanding: Essays on Cybernetics and Cognition**. Nova York: Springer-Verlag, 2003.

WATTS, Ronald L. Typologies of federalism. *In*: LOUGHLIN, John; KINCAID, John; SWENDEN, Wilfried. **Routledge Handbook of Regionalism & Federalism**. London e New York: Routledge, 2013.

## LIMITES AO EXERCÍCIO DA LIBERDADE RELIGIOSA

### *LIMITS ON THE EXERCISE OF RELIGIOUS FREEDOM*

Lelio Maximino Lellis<sup>1</sup>

*Centro Universitário Adventista de São Paulo (UNASP)*

#### **Resumo:**

Aborda-se os limites jurídicos ao exercício da liberdade religiosa no Brasil enquanto direito fundamental e um dos direitos humanos. O problema consiste na delimitação da amplitude da proteção à sua manifestação. A hipótese é a de que há limites constitucionais, supralegais e legais ao exercício desse direito. Utiliza-se o método hipotético-dedutivo e as técnicas de pesquisa bibliográfica e de comparação entre as interpretações normativas realizada pelo Legislativo, Executivo e Judiciário. Os resultados apontam como limites constitucionais à expressão da liberdade religiosa o respeito à dignidade humana, a preservação do núcleo dos demais direitos fundamentais, além da submissão à ponderação delimitadora dos valores contidos nas normas principiológicas colidentes. No campo dos tratados internacionais de direitos humanos em vigor, os principais limites supralegais são a obrigatoriedade de restrição por lei e se necessário à proteção da segurança, ordem, moral e saúde pública ou dos direitos de outros. Como limite legal, destaque-se a proibição à conduta ilícita e ao abuso do direito. Outrossim, concluiu-se que a compreensão daqueles limites jurídicos pelo Legislativo, Executivo e Judiciário exprime certa harmonia.

#### **Palavras-Chave:**

Limites ao exercício da liberdade religiosa. Amplitude do direito de crença. Liberdade religiosa e humanismo contemporâneo.

#### **Abstract:**

It discusses the limits of Law for the exercise of religious freedom in Brazil as a fundamental right and one of the human rights. The problem consists in delimiting the scope of its protection. According the hypothesis, there are constitutional, supralegal and legal limits to exercise this right. The hypothetical-deductive method, bibliographical research and comparison techniques between the interpretations of norms carried out by the Legislative, Executive and Judiciary branches were used. The results indicate as constitutional limits for the exercise of religious freedom: the respect for the dignity of the human person; the preservation of the nucleus of other fundamental rights; the delimiting weighting of the values contained in the colliding principles. The international human rights treaties indicate as main supralegal limits a mandatory prescription by law and only if necessary to protect safety, order, morals, public health or rights of other human beings. The legal limits prohibit unlawful conduct and abuse of rights. In addition, it was concluded that the understanding of the normative limits by the Legislative, Executive and Judiciary expresses a certain harmony.

#### **Keywords:**

Limits to Religious Freedom. Extent of Religious Freedom. Religious Freedom and Contemporary Humanism.

## 1. INTRODUÇÃO

A noção de dignidade da pessoa humana não é recente. Rudimentos conceituais dela são já encontrados no Império Bizantino durante o século IV, quando a Igreja Cristã, líderes políticos e pensadores combatem à escravidão, sobretudo no âmbito rural, com fundamento na

---

<sup>1</sup> Pós-doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra, Portugal. *Visiting Scholar* em Direito Constitucional Comparado por Columbia University School of Law, New York, USA. Doutor em Direito do Estado e Doutor em Língua Portuguesa pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito do UNASP. Advogado. E-mail: leliollellis2@gmail.com.

“dignidade da humanidade” e em nome “da tradição religiosa” e “humanitária” então existente (BOISSONNADE, 1927, p. 43).

Todavia, é apenas na Idade Moderna que surge a consciência sobre o primeiro dos direitos humanos com fundamento na ideia de que ele é natural ao ser humano. Como lembra Jellinek (2009), trata-se da liberdade religiosa, delineada pioneiramente nos discursos de Roger Williams – em especial naquele intitulado “The Bloody Tenent of Persecution for Cause of Conscience” – e que defendem a tolerância e o fim da perseguição religiosa sob o prisma da religião cristã (2008, p.85-156). Miller (2012) acrescenta que a gênese da liberdade religiosa deriva, também, dos esforços de Willian Penn.

Do ativismo de Williams e Penn, surgiriam as declarações de direitos preambulares às constituições das ex-colônias Virgínia,<sup>2</sup> Pensilvânia, Maryland, Carolina do Norte, Vermont, Massachusetts e New Hampshire, proclamadas entre 1776 e 1783, e diretamente influenciadoras na elaboração da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 na França (JELLINEK, 2009) – que delimita a liberdade de manifestação de opiniões religiosas no artigo 10 – e na redação da Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América (EUA), ratificada em 1791 (CHEMERINSKY, 2011), além de serem antecedentes históricos à efetivação da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, concretizada pela Resolução n. 217 A III da Assembleia Geral das Nações Unidas – que aborda a liberdade de religião no artigo 18, e, pois, dos demais tratados internacionais protetores da liberdade religiosa aprovados no âmbito desta Organização. Constatou-se, assim, a importância dessa liberdade, justificando-se uma análise dos limites ao seu exercício a partir da indicação de seu conteúdo essencial.

Consequentemente, buscar-se-á responder ao seguinte problema: Qual a amplitude jurídica do direito de liberdade religiosa no contexto do humanismo contemporâneo? Para tanto, cuidar-se-á de precisar os limites deste direito no contexto de seu exercício ou manifestação fenomênica. A hipótese é a de que ele possui limites outorgados por normas constitucionais e

---

<sup>2</sup> Segundo explica o Congresso dos Estados Unidos da América (EUA) em sua *Constitution Annotated* (2022), é difundida no país a ideia de que, além das declarações de direitos preambulares às constituições estaduais escritas entre 1776 e 1783, também a Lei de Liberdade Religiosa da Virgínia, redigida por Thomas Jefferson em 1779, influenciou na elaboração da Primeira Emenda à Constituição dos EUA, rascunhada por Madison em 1789, embora ratificada pelo último dos Estados apenas em 1791. Como exemplo daquela argumentação congressual tome-se o acórdão da Suprema Corte dos EUA no caso *Reynolds v. United States* (1878). Assim, considerado o interesse e o conhecimento dos juristas e políticos da França sobre os acontecimentos e documentos constitucionais norte-americanos, como o esclarece Jellinek (2009), possivelmente também a Lei de Liberdade Religiosa da Virgínia redigida em 1779 e aprovada em 1785, era de conhecimento dos franceses e pode ter causado impacto na elaboração da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

supralegais,<sup>3</sup> havendo certa convergência em sua interpretação e aplicação pelos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

O objetivo geral consiste em se verificar a amplitude do direito de liberdade religiosa, dada a conhecer a partir da indicação dos limites no contexto de seu exercício ou manifestação, consistindo os objetivos específicos na identificação destas restrições no contexto do humanismo contemporâneo, entendido como a busca de justificativa ética, desde um fundamento científico, para a concretização da existência humana digna e respeitosa ao meio-ambiente, com incentivo ao bem-estar de todos por meio da justiça social que pressuponha rol configurado de liberdades e desenvolva a igualdade formal e substantiva.

Valer-se-á do método hipotético-dedutivo e das técnicas de pesquisa bibliográfica e de comparação das interpretações de Legislativo, Executivo e Judiciário pátrios sobre as normas constitucionais e supralegais que exprimem a liberdade religiosa. Adicionalmente, se comparará, quando necessário, o pensamento Supremo Tribunal Federal com o da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, uma vez que o constitucionalismo brasileiro tem recebido, através dos séculos, influência daquele norte-americano para configurar o direito de liberdade religiosa e sua amplitude no Brasil (SANTOS, 2005).

A importância de tal abordagem reside na confirmação de que a interpretação e aplicação dos conteúdos normativos pelos três poderes é imbuída de caráter obrigatório para os destinatários, uma vez que emana de intérpretes dotados de legitimidade para o uso do poder de coerção, a fim de se fazerem obedecer com o intuito de promover a paz social e o bem-estar de todos no contexto de respeito existencial ao meio-ambiente.

---

<sup>3</sup> Normas formalmente constitucionais são as elaboradas pelo Poder Constituinte e possibilitam a realização do controle de constitucionalidade, estando contidas nos textos da Constituição Federal (CF), das emendas constitucionais e dos tratados internacionais de direitos humanos veiculados por decretos legislativos dotados de equivalência àquelas emendas (art. 5º, § 3º, CF). Já normas supralegais são as que, desde o critério hierárquico, embora subordinadas às normas formalmente constitucionais, são superiores às normas legais, exercendo sobre elas controle de convencionalidade, conforme interpretação do artigo 5º, § 2º, da Constituição do Brasil pelo Supremo Tribunal Federal (STF), expressa nos Recursos Extraordinários n. 349.703/RS e 466.343/SP, além do *Habeas Corpus* n. 87.585/TO. Lembra-se, todavia, que parte da doutrina, capitaneada por Cançado Trindade (1993) e Piovesan (2013), defende a implícita natureza constitucional das normas veiculadas por tratado internacional de direitos humanos independentemente do processo legislativo a que se submete o decreto legislativo que o contém, em interpretação do art. 5º, § 2º, da CF, sobretudo quando o tratado tiver sido inserido no direito brasileiro antes do advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, que acrescentou o § 3º ao referido art. 5º. Confira-se, ainda, a posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006), que defende o controle de convencionalidade não apenas sobre as normas legais, mas, também, sobre aquelas constitucionais, interpretação esta não aceita pelo STF, como se infere do acórdão proferido em 2010 na Arguição de Preceito Fundamental n. 153/DF. Ali, o Tribunal decretou que a Lei de Anistia – Lei n. 6.683/1979 – integra à ordem constitucional instaurada em 1988 já que reafirmada pela Emenda n. 26 de 1985 à Constituição de 1967, que convocou a Assembleia Constituinte elaboradora da atual Constituição Federal. Deste modo, diz a Corte, porque parte do atual sistema constitucional, a Lei de Anistia detém validade inafastável por tratado internacional detentor de *status* supralegal.

Passa-se a responder à questão referente à conceituação do direito de liberdade religiosa a partir da Constituição Federal e dos tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil, com a decorrente identificação de seu núcleo e conteúdos essenciais indicadores, embora de modo implícito, da fundamentação humanística da qual hodiernamente emanam.

## 2. CONCEITO DE LIBERDADE RELIGIOSA

Pode-se dizer, preliminarmente, que a liberdade religiosa significa ausência de cerceamentos injustificáveis, segundo a ordem jurídica, para a manifestação individual ou coletiva de religião, o que implica a expressão de crenças, as práticas de culto, adoração, obediência do indivíduo a credo, submissão a uma divindade e proselitismo. Por óbvio, essa liberdade inclui, também, a prerrogativa de recusa a professar algum credo ou objeção à filiação a quaisquer confissões religiosas, como ressaltam Bastos e Martins (2001).

Em harmonia com aquela aceção, tem-se a posição do Supremo Tribunal Federal que, no Recurso Extraordinário n. 562.351/RS, ao negar tratarem-se os templos maçônicos de “templos de qualquer culto” para fins de imunidade contra os impostos prevista constitucionalmente (art. 150, VI, b), informa sua noção de religião, afirmando, nos termos do voto do relator, que esta deve ter culto que objetive religar o ser humano a uma divindade por meio da adoração, valendo-se de credo e dogmas, bem como de proselitismo, além de pretender deter de modo exclusivo a verdade doutrinária que leve ao aprimoramento do ser humano.

O entendimento da Suprema Corte dos Estados Unidos – importante porque interpreta a Primeira Emenda à Constituição americana, que influenciou a redação do Decreto n. 119-A de 1890 e aquela da Constituição Republicana de 1891 (BARBALHO, 2002),<sup>4</sup> relacionando-se

---

<sup>4</sup> Dispõe a parte introdutória da Primeira Emenda: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof” (O Congresso não fará lei sobre o estabelecimento de uma religião ou proibindo o livre exercício dela). Estão aí colocadas a separação Igreja-Estado e a liberdade individual e coletiva da manifestação religiosa, constantes, também, respectivamente, dos artigos 1º ao 5º, do Decreto n. 119-A/1890 e 11, item 2º e 72, §§ 3º a 7º, 28 e 29, da Constituição brasileira de 1891, nos quais “acha-se condensada a doutrina de Jefferson”, que frutificou “na Virgínia” e foi cristalizada nos “textos do estatuto federal norte-americano”, ou seja, naqueles de 1787 e 1791 pertencentes à Constituição dos Estados Unidos, segundo Carlos Maximiliano Santos (2005, p. 218, 220). É por essa razão que James – após declarar que, “direta ou indiretamente,” o “exemplo dos Estados Unidos da América foi o mais potente” modelo constitucional para a elaboração das referidas normas da nova república do Brasil (1923, p. 10) – afirma ser “seguro dizer que não há outro país no mundo onde a confissão Católica Romana é a tradicional e prevalente fé dos habitantes em que haja uma mais completa separação entre igreja e estado ou uma maior liberdade de consciência e culto” (1923, p. 141). [P. 10: “Directly or indirectly however, the example of the United States of America was the most potent influence for (...) were these proposals [to Brazilian Constitution] themselves largely modeled on the Constitution of the United States”. P. 141: “It is safe to say that there is no other country in the world where the Roman Catholic faith is the traditional and

com o desenvolvimento do direito de liberdade religiosa no constitucionalismo brasileiro até os dias atuais – não destoa do já informado ao explicar, no caso *Davis v. Beason* (1890, p. 342), que o “termo ‘religião’ se refere aos pontos de vista de alguém sobre suas relações com o seu Criador e às obrigações que impõem de reverência por seu caráter e de obediência à sua vontade”.<sup>5</sup> Em *Torcaso v. Watkins* (1961, p. 495), a Corte vai além, acrescentando que há “religiões baseadas na crença na existência de Deus” e “religiões fundadas em crenças diferentes” posto que não acreditam em divindade monoteísta.<sup>6</sup>

Ao tratar da teoria do direito à liberdade religiosa, Lellis (2016) explica que, embora não seja encontrada na Constituição Federal, a expressão “liberdade religiosa” é consagrada pela doutrina e jurisprudência, além de empregada em leis e atos administrativos normativos pátrios,<sup>7</sup> podendo ser entendida como direito constitucional *lato sensu* ou complexo obrigacional, além de tema aglutinador dos direitos *stricto sensu* que àquele protegem e concretizam. Enquanto direito *lato sensu*, pode-se dizer com Silva (2005, p. 93) que a liberdade religiosa “compreende três formas de expressão”, a saber: “a) a liberdade de crença; b) a liberdade de culto; c) a liberdade de organização religiosa”.

Lellis (2016, p. 80, 81) aponta, ainda, como âmbitos negativo e positivo de proteção ou incidência do direito de liberdade de religião, respectivamente, a proibição ao Estado e às pessoas naturais ou jurídicas privadas “de interferir na vida religiosa existente na sociedade” e a imposição ao Poder Público do “dever de agir para coibir condutas praticadas pelo Estado e seus agentes, ou por particulares” quando atentem contra a referida liberdade. Esse autor, indica, ademais, que o núcleo do direito *lato sensu* à liberdade de religião é composto por conteúdos essenciais<sup>8</sup> informados nos “artigos 5º, *caput*, incisos VI a VIII e 19, inciso I, da Constituição Federal”.

---

prevailing faith of the inhabitants where is a more complete separation of church and state or where there is greater freedom of conscience and of worship.”].

<sup>5</sup> “The term ‘religion’ has reference to one’s views of his relations to his Creator, and to the obligations they impose of reverence for his being and character, and of obedience to his will.”

<sup>6</sup> “The Federal Government (...) neither can aid those religions based on a belief in the existence of God as against those religions founded on different beliefs.”

<sup>7</sup> Exemplo do emprego doutrinário da expressão “liberdade religiosa” tem-se nos comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969, de Pontes de Miranda (1974, p. 121). Sob o prisma jurisprudencial, verifique-se o acórdão do STF no Recurso Extraordinário n. 494.601/DF. Como exemplos normativos vejam-se a Lei n. 17.346/2021 – que “[i]nstitui a Lei Estadual de Liberdade Religiosa no Estado de São Paulo” – e o Decreto paulista n. 66.440/2022, que “[d]ispõe sobre o processo de apuração das infrações administrativas à liberdade religiosa”.

<sup>8</sup> Embora por necessidade metodológica aborde-se aqui apenas os conteúdos integrantes do núcleo do direito *lato sensu* à liberdade religiosa, com Weingartener Neto (2014), reconhece-se existir amplo rol de direitos *stricto sensu* protetores de âmbitos específicos desse amplo complexo obrigacional, dentre os quais, aqueles de ter ou não crença, de professá-la ou não, de mudar de religião, de inviolabilidade de templos e suas liturgias, de objeção de consciência fundada em razão religiosa, de matrícula facultativa em disciplina de ensino religioso em escola pública de nível fundamental, além de vários decorrentes da intersecção do subsistema de

Deste modo, a fim de proteger o livre exercício de crença, o núcleo do direito constitucional de liberdade religiosa requer separação razoável entre Igrejas e Estado, proibindo a este preferência discriminatória ou perseguição odiosa contra aquelas, mas possibilitando a existência de colaboração<sup>9</sup> entre eles, ao vedar que União, Estados, Distrito Federal e Municípios possam “estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público” (art. 19, I).

A Constituição Federal também protege à liberdade de religião ao dispor ser “inviolável a liberdade de consciência e de crença”, “assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”, ordenando a proteção, “nos termos da lei,” da “prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva” e afirmando que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei” (art. 5º, VI a VIII).

Esclareça-se que a presença, no texto constitucional, das expressões “na forma da lei”, “nos termos da lei” e “fixada em lei” não indica inexistência de eficácia imediata atribuída ao conteúdo do núcleo do referido direito fundamental. Em primeiro lugar, porque deve-se considerar que a lei reclamada virá para precisar o âmbito de eficácia dos dispositivos e não para concretizá-lo, como bem argumenta Silva (2005, p. 93-97). Em segundo lugar, porque, segundo lembra este autor (2005), em cada um dos aludidos incisos do artigo 5º há uma parte que deve ser entendida como independente do advento de lei.

Assim, possuem núcleo dotado de eficácia imediata tanto a inviolabilidade da liberdade de crença quanto as garantias do livre exercício de culto e de prestação de assistência religiosa nas entidades de internação coletiva. Igualmente, a objeção de consciência por motivo religioso tem a segurança de que não ensejará à perda de direitos, exceto quando se utilizar a crença como desculpa para eximir-se de obrigação imposta a todos por lei e, ainda, houver recusa em cumprir prestação alternativa fixada em lei. Inexistindo lei que expresse obrigação

---

liberdade religiosa com outros subsistemas constitucionais, tais como os direitos de privacidade religiosa, de filiação e desfiliação a associação religiosa, de produção de obras científicas, literárias e artísticas sobre religião e de expressão e divulgação do pensamento em matéria religiosa.

<sup>9</sup> Frise-se que para certos doutrinadores, mesmo no contexto constitucional dos EUA é impossível uma absoluta e completa separação fático-jurídica entre as confissões religiosas e o Estado. Confira-se, por todos, nesse sentido, Hamburger (2002). Também por essa razão fenomênica é que à luz da CF de 1988 constata-se a separação colaborativa entre Igrejas e Estado.

para todos ou efetive a prestação alternativa, objeção de consciência não levará à privação de direitos.

As implicações da atribuição constitucional de aplicação e, portanto, eficácia imediata ao núcleo do direito *lato sensu* à liberdade religiosa (art. 5º, §1º) – admitida a programaticidade fenomênica de aspectos de sua periferia – são: a) sua natureza de cláusula pétrea, com a proteção contra a deliberação de proposta de emenda constitucional tendente a abolir este direito (art. 60, § 4º, IV), já que detém fundamentalidade formal e material;<sup>10</sup> b) possibilidade de intervenção federal em Estado, segundo a Constituição Federal, para “assegurar a observância” dos “direitos da pessoa humana” (art. 34, VII, b), dentre os quais aquele de liberdade religiosa; c) vedação ao emprego da discricionariedade administrativa para sua não concretização, sob o argumento da “reserva do possível”, com a alegação de que não há dinheiro ou previsão orçamentária para a necessária implementação de proteção estatal ao exercício do núcleo do direito de liberdade religiosa.

## 2. LIMITES AO EXERCÍCIO DA LIBERDADE RELIGIOSA

Sob o enfoque dos controles de constitucionalidade e convencionalidade, logo, sob a ótica da prevalência eficaz desde um critério hierárquico, as duas modalidades mais importantes de limites jurídicos ao exercício da liberdade religiosa são indicadas em normas de natureza constitucional e supralegal. Consequentemente, há que abordar a delimitação da liberdade religiosa, enquanto direito fundamental e integrante dos direitos humanos, no contexto de sua manifestação, haja vista ser impossível indicar limites à liberdade de crença enquanto existente apenas no pensamento (FERRAND, 2006).<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> O direito à liberdade religiosa ou de crença é formalmente fundamental porque expresso em grande medida no artigo 5º, VI a VIII, inserido no Título II da Constituição do Brasil e denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. É, também, materialmente fundamental porque espécie do gênero liberdade e, pois, integrante desta como fim necessário – ao lado de vida, igualdade, segurança e propriedade (art. 5º, da CF) – para a realização do conceito constitucional de dignidade da pessoa humana e a concretização do bem-estar social (arts. 1º, III; 3º; 4º, II, da CF). Pela fundamentalidade da liberdade religiosa, juntamente com outros direitos constitucionais individuais e coletivos, confira-se o voto do relator, Min. Néri da Silveira, quando da rejeição de Questão de Ordem pelo STF na ADPF n. 1/RJ.

<sup>11</sup> Com Lellis (2011), pode-se afirmar que os direitos fundamentais estão contidos na Constituição Federal e são assim qualificados sob os âmbitos formal e material. São formalmente fundamentais os que estão no Título II da Constituição do Brasil (arts. 5º a 17). São materialmente fundamentais aqueles necessários à concretização do conceito constitucional de pessoa humana e indicados, por exemplo, nos artigos 5º e 6º da Lei Suprema. Os direitos humanos, por sua vez, são pioneiramente em tratados internacionais que passam a integrar o Direito pátrio após sua ratificação. Os direitos humanos – que objetivam proteger a dignidade humana e os atributos que a exprimem (ONU. Preâmbulo à Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948; OEA. Preâmbulo à Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969) – podem constar de normas constitucionais, supralegais e legais, tendo por objetivo especial a proteção da população vulnerável pelo maior risco de marginalização socioeconômica.

## 2.1 O que expressam a Constituição do Brasil e os tratados internacionais de direitos humanos quanto à amplitude do direito à liberdade religiosa

A Constituição Federal de 1988, promulgada no contexto do humanismo contemporâneo,<sup>12</sup> indica, por isso mesmo, limites de natureza absoluta e relativa ao exercício da liberdade religiosa. O *limite constitucional absoluto e externo* ao direito *lato sensu* de liberdade religiosa consiste na proibição à violação da dignidade da pessoa humana, considerada na Lei Suprema de 1988 como fundamento justificador da existência da República (art. 1º, III). Por conseguinte, nenhuma conduta ou manifestação que ofenda à dignidade humana poderá pretender a proteção da liberdade de crença.

O próprio Estado brasileiro somente terá legitimidade constitucional para existir enquanto instrumento para a realização do princípio da dignidade humana, o que somente ocorrerá por intermédio da efetivação dos direitos humanos nas relações nacionais e internacionais (art. 3º, II). Nas relações nacionais, haverá a concretização da dignidade humana quando da atuação inequívoca para o alcance dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil expressos na Constituição Federal, que preconizam o bem-estar social, a saber, a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária”, a garantia do “desenvolvimento nacional”, a erradicação da “pobreza” e da “marginalização”, a redução das “desigualdades sociais e regionais”, além da promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º).

Os *limites constitucionais relativos*, por sua vez, são concretizáveis em dado contexto ou realidade. Podem ser *externos* ao direito *lato sensu* de liberdade religiosa ou *internos* a ele. Os *limites externos*, por um lado, decorrem da condição de complexo obrigacional ou subsistema constitucional da liberdade religiosa, que está em intersecção com outros subsistemas constitucionais. Daí o afirmar Machado (1996, p. 225), que “o exercício da liberdade religiosa desdobra-se em múltiplas posições jurídicas, algumas das quais compreendidas noutros direitos fundamentais”.

---

<sup>12</sup> Sobre aspectos do multifacetado humanismo contemporâneo, defensor da diversidade cultural, do igual valor de todos os seres e da solidariedade existencial, veja-se Corine Pelluchon (Éthique de la considération. Paris: Editions Seuil, 2018), que discorre sobre o desenvolvimento de uma ética das virtudes a partir da clarificação dos motivos mais profundos contidos na consciência humana, de modo a possibilitar o bem-estar existencial e harmônico de todos os seres e com senso de pertencimento igualitário a um universo comum a todas as vidas.

Tome-se como exemplo dessa interdelimitação dos subsistemas constitucionais que restringe a liberdade religiosa à necessária obediência dos requisitos previstos na Lei Suprema para o exercício dos direitos de reunião (art. 5º, XVI) e de associação (art. 5º, XVII), quando da concretização de reunião religiosa ou de associação para crer e cultuar. Assim, uma reunião religiosa somente poderá ocorrer de modo pacífico, desprovida de armas e feita sem que frustre outra previamente agendada para o local, devendo a autoridade competente ser previamente avisada de sua realização. Igualmente, apenas será exercido o direito de associação para crer e cultuar quando os fins forem lícitos e inexista o caráter paramilitar. Em outras palavras, não é possível pretender descumprir requisitos constitucionais necessários ao exercício de um âmbito de direito fundamental em intersecção com aquele de crença sob a falsa alegação de proteção constitucional da liberdade religiosa a esse inadimplemento obrigacional.

Além do já expresso, também são limites relativos externos no tocante ao exercício da liberdade religiosa aqueles impostos para a preservação do núcleo, logo, dos conteúdos essenciais, de outro direito fundamental, devendo proteger-se integralmente o núcleo de cada um dos direitos basilares em conflito e realizar-se a ponderação valorativa para a efetivação do conteúdo periférico de um deles com afastamento da periferia do outro, à luz da realidade circundante. A título de exemplo, em caso de colisão dos princípios constitucionais veiculadores dos direitos fundamentais à saúde e ao culto, após preservar-se ambos os núcleos e conteúdos essenciais, há que se restringir aspectos não essenciais de um deles quando da ponderação valorativa para a decorrente aplicação normativa.

Por sua vez, os *limites relativos internos* ao direito *lato sensu* de liberdade religiosa consistem no respeito à idêntica liberdade do outro, logo, nos mesmos termos em que o indivíduo exerce o seu direito de crença (arts. 5º, VI a VIII; 19, I), bem como à necessária submissão à licitude dos fins previstos nessa liberdade fundamental (art. 5º, XVII). Exemplifica aquele primeiro limite constitucional interno ao direito *lato sensu* em análise a vedação à perseguição de um ser humano a pretexto de forçá-lo a aceitar a religião do perseguidor. Como ilustração do segundo limite constitucional interno, que trata da proibição à pretensão de que o referido direito *lato sensu* abarque finalidades contrárias ao ordenamento jurídico, veja-se a proibição à prática de proselitismo realizada com o emprego de discurso de ódio ou de fala racialmente discriminatória.

Os tratados internacionais de direitos humanos também veiculam limitações ao exercício da liberdade religiosa. Destaque-se as limitações expressas na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, promulgada pelo Decreto n. 678/1992, que afirma:

## Artigo 12 – Liberdade de consciência e de religião

(...)

2. Ninguém pode ser objeto de medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças.

3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita unicamente às limitações prescritas pela lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos ou liberdades das demais pessoas.<sup>13</sup>

Logo se vê, conforme o expresso no item 2, do artigo 12 do Pacto de San José da Costa Rica, que a amplitude da liberdade religiosa implica a não restrição do direito de aderir a uma religião e suas crenças, bem como a prerrogativa de abandonar qualquer religião ou crença. Obviamente, a cláusula de não restrição é aplicável apenas no contexto da liberdade de consciência religiosa e não naquele de manifestação da crença religiosa, sendo possível “dizer que o direito à liberdade religiosa é absoluto na dimensão interna (*forum internum*) e limitado na forma externa de expressão (*forum externum*)”<sup>14</sup> (MAZURKIEWICZ, 2021, p. 2).

O item 3, do artigo 12, da Convenção Americana de Direitos Humanos comprova a afirmação feita acima ao deixar claro ser possível instituir limites à manifestação ou exercício da liberdade religiosa. Porém, a imposição de restrições deve ocorrer somente através da promulgação de lei, entendida como o diploma normativo aprovado com a participação determinante do Poder Legislativo e dotado de natureza geral e impessoal, além de possuir a capacidade de instituir obrigações a todos sem privilégios ou discriminações. Aplica-se ao direito humano e fundamental *lato sensu* de liberdade religiosa o princípio da legalidade previsto na Constituição do Brasil, que afirma que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II).

Ademais, não basta que as limitações ao exercício do direito de liberdade de religião se dê por meio de lei. É necessário, também, que sejam imprescindíveis à proteção da segurança, ordem, saúde ou moral públicas ou, ainda, à preservação dos direitos ou liberdades dos demais. Consequentemente, uma lei aprovada pelo Legislativo e sancionada pelo Executivo apenas poderá restringir a prerrogativa de manifestação religiosa se não houver outro caminho

<sup>13</sup> O art. 12, itens 2 e 3, da Convenção Americana de Direitos Humanos reproduz o conteúdo veiculado pelo art. 18, itens 2 e 3, do Pacto dos Direitos Civis e Políticos de 1966, promulgado pelo Decreto n. 592/1992. Opta-se por citar a Convenção porque uma infração a qualquer de seus dispositivos pode ser levada a julgamento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), obedecidos os requisitos processuais. Lembra-se que a CIDH requer submissão de todas as leis nacionais ao controle de convencionalidade, devendo prevalecer os tratados internacionais de direitos humanos e não as leis pátrias em caso de conflito normativo.

<sup>14</sup> “Therefore, it can be said that the right to religious freedom is absolute in the internal dimension (*forum internum*) and limited in the external manner of expression (*forum externum*).”

para a preservação de algum desses bens jurídicos de alto valor para o bem-estar do indivíduo e da sociedade, bem como para a sobrevivência do Estado.

Em outras palavras, restringe-se a liberdade religiosa tão somente para proteger a dignidade humana, pois é a esta que, em última análise, visam proteger a preservação da segurança, ordem, saúde ou moral públicas ou de um direito de terceiros. Se assim o é, também no contexto dos direitos humanos não se pode deixar de concretizar o núcleo veiculador dos conteúdos essenciais de direitos, dentre os quais está aquele de liberdade religiosa. Por conseguinte, em caso de colisão entre princípios informadores de direitos deverá efetivar-se a ponderação de valores para que se decida qual direito deverá ser alvo de limitação na periferia quando do seu exercício.<sup>15</sup>

Novamente exemplifica-se: é possível impor “toque de recolher” que restrinja ao direito de culto religioso para a preservação necessária da segurança pública, observadas a razoabilidade e a proporcionalidade jurídicas. Ou ainda, pode-se limitar o direito de proselitismo para que se respeite os limites de vedação à poluição visual ou sonora, a fim de se preservar o direito ao meio ambiente saudável e ao descanso.

A questão a ser respondida agora é como os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário têm interpretado as normas constitucionais e supralegais a respeito da liberdade religiosa, considerada a importância estratégica de sua compreensão, uma vez que dela decorrem, respectivamente, a aprovação de lei impositiva de direitos e deveres, a elaboração de ato administrativo norteador das ações da Administração Pública e a efetivação de decisão judicial com pretensão de definitiva terminação de conflitos jurisdicionais. Mais do que isso, há que verificar se os poderes da República têm compreensão harmônica sobre a amplitude da liberdade religiosa, de modo a que contribuam para a paz social. Eis o que se analisa a seguir.

## **2.2 O entendimento dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário sobre os limites à liberdade de expressão religiosa**

Preliminarmente, lembre-se que ocorre uma compreensão prévia à aceitação, pelos três poderes, do conteúdo e dos limites à liberdade religiosa veiculada por normas constitucionais e supralegais e em alguma medida fundadas no humanismo contemporâneo, uma vez que há

---

<sup>15</sup> Conferir Ferrand (2006) que argumenta tratar-se a liberdade religiosa de direito constitucional e, também de direito humano, sendo veiculada por princípios em ambas as acepções e, pois, alvo de interdelimitação e necessidade de ponderação valorativa quando em colisão com outros direitos constitucionais ou humanos.

detalhamento ou explicitação do conteúdo constitucional daquele direito mediante leis, regulamentos e acórdãos, bem como tem-se o fenômeno da aprovação dos tratados internacionais mediante decreto legislativo, além de sua promulgação mediante decreto presidencial, com posterior reconhecimento de sua vigência e vigor pelo Judiciário.

Como primeiros limites jurídicos, seguindo tradição doutrinária que remonta ao Império (PIMENTA BUENO, 1978), os poderes Legislativo e Executivo parecem entender que a “soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes” expressos na a LINDB – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, Decreto-Lei n. 4.657/1942 (art. 17) – restringem o exercício de quaisquer direitos, inclusive daquele de liberdade religiosa.

Vale dizer, não se pode buscar a proteção do princípio constitucional de liberdade religiosa para atacar as bases do Estado democrático de direito, decorrentes da soberania e expressas na Constituição Federal (art. 1º). Igualmente, o exercício dessa liberdade deve respeitar a ordem pública e os bons costumes, o que implica, respectivamente, agir para a paz e a segurança sociais e aceitar os valores constitucionalmente imperativos no contexto do convívio interindividual, que podem ser resumidos na exigência de obediência aos direitos humanos para a construção de sociedade livre, justa e solidária (art. 1º, III c/c artigo 3º).

Também o Código Penal indica limites aplicáveis à liberdade religiosa, especificamente abordando o direito de culto que a integra ao considerar crime “[e]scarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa”, “impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso”, bem como “vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso” (art. 208). Em outras palavras, não se pode pretender a proteção da liberdade religiosa para a prática dessas condutas ilícitas, pois ofendem o direito de crença e culto de terceiros e, caso permitidas, levariam à extinção da liberdade religiosa.

Já a Lei n. 7.716/89 informa não estar protegida pelo direito de liberdade religiosa conduta que consista em “[p]raticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”, acrescentando que, “[s]e qualquer” desses “crimes” vier a ser “cometido no contexto de atividades esportivas, religiosas, artísticas ou culturais destinadas ao público”, haverá maior punição, incorrendo “nas mesmas penas” aquele que “obstar, impedir ou empregar violência contra quaisquer manifestações ou práticas religiosas”(art.20, *caput* e §§ 2º-A, 2º-B).

A mesma lei afirma, também, que o “juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência”, quer “o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material”, quer “a cessação

das respectivas transmissões radiofônicas, televisivas, eletrônicas ou da publicação”, quer “a interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação na rede mundial de computadores” (art.20, § 3º). A referida lei diz, ainda, que “o juiz deve considerar como discriminatória qualquer atitude ou tratamento dado à pessoa ou a grupos minoritários que cause constrangimento, humilhação, vergonha, medo ou exposição indevida, e que usualmente não se dispensaria a outros grupos em razão da cor, etnia, religião ou procedência” (art. 20-C).

O Código Civil – instituído pela Lei n. 10.406/2002 – igualmente expressa entendimento aceito por Legislativo e Executivo e dado a conhecer por ocasião de sua sanção, afirmando que “comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (art. 187).

Em outras palavras, o abuso no exercício do direito à liberdade religiosa é ato ilícito e, conseqüentemente, não será protegido, mas sancionado. Nas palavras de Cavalieri Filho, “o fundamento principal” para a vedação ao abuso do direito “é impedir que o direito sirva como forma de opressão”, de modo a “evitar que o titular do direito utilize seu poder com finalidade distinta daquela a que se destina”. Isso porque, embora “o ato” seja “formalmente legal”, “o titular do direito se desvia da finalidade da norma, transformando-o em ato substancialmente ilícito” ao contrariar “o conteúdo axiológico da norma” (2008, p. 152).

Segundo o Código Civil, o abuso de direito é detectado quando seu exercício restar caracterizado por: a) má-fé, inerente à conduta conscientemente contrária ao ordenamento jurídico e com intenção de prejudicar o outro; b) infração aos limites relacionados aos fins econômico e social intrínsecos à liberdade religiosa informada por normas constitucionais e supralegais; c) ofensa aos bons costumes, quando da prática de ação contrária aos direitos humanos, opondo-se aos valores que veiculam.

O Poder Judiciário também se posiciona acerca dos limites ao exercício de um direito fundamental ou humano, aí incluído aquele de liberdade religiosa, fazendo-o em aparente harmonia com as interpretações do Legislativo e Executivo às normas constitucionais e supralegais cristalizadas na elaboração e/ou aprovação de decretos legislativos veiculadores de tratados internacionais e de leis.

Em primeiro lugar, o Judiciário tem dado mostras de que o direito *lato sensu* à liberdade religiosa – logo, também os direitos específicos que o integram, a exemplo daqueles de culto e crença – é limitado constitucionalmente pela necessária submissão ao princípio da dignidade humana, além de não haver abrigo sob o manto da proteção ao exercício da expressão

religiosa para a prática de ato ilícito. Nesse sentido, ao não conceder o *Habeas Corpus* n. 82.424-RS ao autor de escritos ofensivos à comunidade judaica, o Supremo Tribunal Federal afirma:

Escrever, editar e divulgar livros fazendo apologia de ideias preconceituosas contra a comunidade judaica constitui crime de racismo [religioso] inafiançável e imprescritível (CF, art. 5º, XLII). (...) Há limites morais e jurídicos ao direito à livre expressão, que não pode abrigar manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. (BRASIL, 2004, p. 17)

Há mesmo tribunais que vão além ao precisarem tecnicamente os limites jurídicos externos e internos ao direito constitucional de expressão, os quais são aplicáveis à livre manifestação religiosa. Tome-se como exemplo a explicação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em sede da Apelação Cível n. 70050501477, que declara possuir aquele direito, enquanto constitucional, limites externos – a saber o dever de compatibilização “com os direitos fundamentais dos cidadãos afetados pelas opiniões” e detentores de outros “bens constitucionalmente protegidos, tais como a moralidade, saúde e segurança públicas” – e limites internos, destacando-se aqui “o dever de veracidade” e “a proibição do abuso de direito” segundo explicitado pelo “artigo 187 do Código Civil” (RIO GRANDE DO SUL, 2012, p. 9 e 10). Verifica-se, pois, a tendência à harmonia entre os três poderes quanto à interpretação das normas veiculadoras do direito de expressão, incluída aquela de natureza religiosa.

Sobre o abuso de direito como violação aos limites do exercício da liberdade religiosa, veja-se a decisão do Tribunal Superior do Trabalho no Recurso de Revista n. 400-79.2010.5.09.0004. Ali, foi decretado que as “interferências constantes” nas crenças da subordinada por parte “da superior hierárquica” e o seu constrangimento com “pregações e comentários impróprios” no ambiente laboral, constituem “assédio moral” e “grave lesão aos direitos fundamentais da pessoa humana” e, portanto, configuram abuso do direito de proselitismo (BRASIL, 2013, p. 6 e 7).

Sobre a limitação do direito *lato sensu* de liberdade religiosa, logo, igualmente daqueles específicos que o integram, tais como o de culto, proselitismo e crença, tem-se manifestação do Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação Cível n. 1017745-89.2015.8.26.0053. Nela se discute, sob o prisma do exercício dos direitos de liberdade religiosa e proteção ao meio ambiente, a anulação de auto de infração e, incidentalmente, a inconstitucionalidade da Lei paulistana n. 11.804/1995, que fundamentara a sanção. Tudo porque a lei municipal regula os limites à poluição sonora e as condições de emissão ruídos

decorrentes do badalar dos sinos de igreja, afirmando ser punível o badalar com duração superior a sessenta segundos ou que não assinalem as horas ou ofícios religiosos. O tribunal acordou pela constitucionalidade da lei e manutenção do auto de infração para a apelante, afirmando que o “exercício das práticas religiosas está condicionado à observância de certas normas de convívio em sociedade” e, por conseguinte, as “entidades religiosas não estão imunes às leis que dispõem sobre a emissão de ruídos” (SÃO PAULO, 2021, p. 5). Claro está o posicionamento de limitação ao exercício dos direitos específicos de liberdade religiosa decorrente da concretização de outros de igual nível hierárquico, a exemplo da proteção do meio ambiente e da saúde contra a poluição sonora.

O Judiciário também abordou a questão dos limites à negativa da Administração Pública ao peticionário e objetante de consciência por razão de crença em conceder a prestação alternativa preconizada na Constituição Federal (art. 5º, VIII). E o fez quando o Supremo Tribunal Federal (STF) indicou seu entendimento no Recurso Extraordinário n. 611.874/DF e no Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.099.099/SP.

No primeiro caso, o STF analisou a negativa da Administração Pública em conceder prestação alternativa para que o objetante realizasse prova de aptidão física em outro dia que não o sábado, já que o concursando alegava não poder realizar atividade secular em benefício próprio nesse dia. Após afirmar que a “laicidade estatal”, “compreendida como não-confessionalidade,” não implica omissão “diante de questões religiosas” que podem “constranger a pessoa de modo a levá-la à renúncia de sua fé”, pois isso “representa desrespeito à diversidade de ideias e à própria diversidade espiritual”, a Corte declara que “[a] separação entre Igreja e Estado não pode implicar o isolamento daqueles que guardam uma religião à sua esfera privada” (BRASIL, 2021a, p. 02). Consequentemente, o Recurso Extraordinário intentado pela União não foi provido, fixando-se a seguinte tese:

Nos termos do art. 5º, VIII, da CF, é possível a realização de etapas de concurso público em datas e horários distintos dos previstos em edital por candidato que invoca a escusa de consciência por motivo de crença religiosa, desde que presente a razoabilidade da alteração, a preservação da igualdade entre todos os candidatos e que não acarrete ônus desproporcional à Administração pública, que deverá decidir de maneira fundamentada (BRASIL, 2021a, p. 03).

Para o STF, a exigência de igualdade impõe como regra o atendimento à peculiaridade religiosa do objetante, com o decorrente dever a ser cumprido pela Administração estatal de oferecimento de alternativa respeitadora da crença. Além disso, em caso de solicitação de prestação alternativa baseada em crença em sede de processo administrativo, o Poder Público

fica obrigado a decidir motivadamente, logo, com a indicação das razões fáticas e do dispositivo legal para eventual não-atendimento do pedido, devendo sempre considerar a existência da razoabilidade da alteração pleiteada, da preservação da igualdade entre os candidatos, além do não acarretamento de ônus desproporcional para a Administração Pública.<sup>16</sup>

Em sentido similar, desde o contexto de servidora pública concursada na função de professora, ainda em estágio probatório e que teve negada sua solicitação de prestação alternativa em decorrência de objeção de consciência fundada em crença, o Supremo Tribunal Federal decidiu no Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.099.099/SP que a inexistência “de lei que preveja obrigações alternativas não exime o administrador da obrigação de ofertá-las quando necessário para o exercício da liberdade religiosa”. Isso porque, se assim não o fizesse, restaria “configurado o cerceamento de direito fundamental, em virtude de uma omissão legislativa inconstitucional”, com a injusta punição ao cidadão inocente (BRASIL, 2021b, p. 2). Também nesse caso o STF afirmou que “é possível a Administração Pública, inclusive em estágio probatório,” atuar estabelecendo “critérios alternativos para o regular exercício dos deveres funcionais inerentes aos cargos públicos, em face de servidores que invocam escusa de consciência por motivos de crença religiosa”. Faz-se necessário tão somente a presença da “razoabilidade da alteração”, a não caracterização do “desvirtuamento no exercício de suas funções” e o não acarretamento de “ônus desproporcional à Administração Pública”, que “deverá decidir de maneira fundamentada” (BRASIL, 2021b, p. 2).

Consequentemente, esses recursos extraordinários impõem como limites à liberdade religiosa, no tocante ao recebimento de prestação alternativa por parte do Estado, a submissão aos princípios da igualdade, razoabilidade e proporcionalidade, além da preservação da supremacia do interesse público – ao se evitar a onerosidade excessiva – e a eficiência administrativa – ao se avaliar o requisito do não desvirtuamento no exercício das funções realizadas pelo servidor público. Uma vez mais, o Supremo Tribunal Federal entende que o direito fundamental e humano à liberdade religiosa *lato sensu* e todos aqueles específicos que o integram são conformados pelos outros direitos detentores de idêntica natureza.

O Supremo Tribunal Federal coloca, também, a vedação ao discurso de ódio como limite ao exercício da liberdade religiosa. Nesse sentido, a Corte entendeu na Ação Direta de

---

<sup>16</sup> O princípio da Razoabilidade, concebido pela doutrina norte-americanas, significa que a decisão tomada pelo aplicador da norma precisa ser vista como prudente pelo ser humano médio no contexto de sua concretização. Já a proporcionalidade, espécie do gênero razoabilidade, em acepção desenvolvida pela doutrina alemã, implica: a) Necessidade (imprescindibilidade de sua realização para a proteção do interesse público contra ameaça ou efetiva lesão); b) Proporcionalidade estrita (correlação dos meios com os fins em que não haja o cometimento de excessos); c) Adequação (eficácia da medida para resguardar o interesse público).

Inconstitucionalidade por Omissão n. 26/DF, que embora seja “assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente o seu pensamento”, por qualquer meio de comunicação, e, pois, “de externar suas” crenças “de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados,” conforme a “orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia,” não se pode pretender a proteção da liberdade religiosa ao praticar o discurso de ódio, que consiste em “exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou que provoquem a violência (física ou moral) contra pessoas em razão” de característica peculiar delas, a exemplo da “orientação sexual ou identidade de gênero” (BRASIL, 2020, p. 7, 8).

A impossibilidade de proteção da proselitismo que veicule discurso de ódio contra alguma religião e seus adeptos foi decretada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso em *Habeas Corpus* n. 146.303/RJ. Ali, se afirma a necessidade de diferenciação “entre o discurso religioso”, “centrado na própria crença”, e “o discurso sobre a crença alheia”, quando realizado “com intuito de atingi-la, rebaixá-la ou desmerecê-la (ou a seus seguidores)”. “Um é tipicamente a representação do direito à liberdade de crença religiosa”. O outro, “é o ataque ao mesmo direito”, o que restou comprovado pela agressão do paciente a “várias religiões”, tais como a “católica, judaica, espírita, satânica, wicca, islâmica, umbandista e, até mesmo, contra outras denominações da religião evangélica”, “imputando fatos criminosos e ofensivos aos seus devotos e sacerdotes”, a exemplo de “assassinato, homossexualismo, prostituição, roubo” e “furto” (BRASIL, 2018, p. 1, 2).

Por conseguinte, afirma o redator do acórdão, tal diferenciação se funda em duas modalidades de limites: um, intrínseco, cuidando-se de submissão ao próprio conteúdo de tolerância religiosa que caracteriza o proselitismo. Outro, extrínseco, que reside na conformação do princípio veiculador do direito *lato sensu* de liberdade religiosa e daqueles de natureza estrita que o integram, pelos demais princípios informadores de amplos direitos fundamentais na Constituição Federal (*idem, ibidem*).

Lembre-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, no Recurso em *Habeas Corpus* n. 134.682/BA, precisa importante limitação quanto à manifestação do pensamento religioso para que se não caracterize a prática do crime de racismo religioso. Ali, fica estabelecido que apenas ocorrerá a configuração do racismo religioso se, após expressar-se cognitivamente pela “desigualdade entre grupos e/ou indivíduos” e valorar pertencer a um grupo superior a outro em decorrência de característica racial, “o agente” passa a supor “legítima a dominação,

exploração, escravização, eliminação, supressão ou redução de direitos fundamentais do diferente que compreende inferior” e se expressa nesse sentido (BRASIL, 2016, p. 2).

A mesma Corte atua no Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.267.879/SP para afirmar o direito da criança ou adolescente de receber vacinação obrigatória, ainda que isso contrarie convicção filosófica dos genitores exercentes do poder familiar, o que é aplicável à liberdade de crença igualmente exarada na Constituição Federal (art. 5º, VI). Ali, estabeleceu-se que “a liberdade de consciência precisa ser ponderada com a defesa” dos direitos constitucionais “da vida e da saúde de todos (arts. 5º e 196)” e, portanto, no contexto informado, haverão de prevalecer estes direitos em detrimento daquele, tudo segundo a exigência da Lei Suprema de “proteção prioritária da criança e do adolescente (art. 227)” (BRASIL, 2021, p. 2).

Finalmente, aborda-se a decisão do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 811/SP sobre a constitucionalidade do Decreto paulista n. 65.563/2021, em que se pondera os valores inerentes ao direito de culto como aspecto da liberdade religiosa e aqueles intrínsecos ao direito de saúde, acordando-se pela prevalência, no contexto da COVID-19, dos aspectos periféricos da saúde em detrimento daqueles relacionados ao culto. Portanto, embora se mantivesse o núcleo do direito de culto, a saber, aquele de reunião para adoração, restringiu-se a aglomeração presencial de pessoas para sua prática, optando-se pelo culto virtual como forma de proteção da saúde pública.

Nesse contexto, o Tribunal afirmou alguns parâmetros à imposição de limites ao exercício do direito de culto enquanto parte da manifestação da liberdade religiosa. Para a Corte, a restrição desse e qualquer outro direito fundamental deve obedecer à razoabilidade e proporcionalidade. Igualmente, a limitação ao exercício de direito constitucional não pode obstaculizar a plenitude eficaz de seu núcleo e conteúdos essenciais. A liberdade religiosa possui direitos específicos inerentes pensamento do indivíduo, a exemplo daquele de consciência religiosa, e outros que expressam a liberdade da pessoa, tal como o direito de culto. Apenas há falar em restrições a essa segunda categoria de direitos específicos que servem para manifestar a liberdade religiosa (BRASIL, 2021, p. 1-4, 10-13).

Finalmente, segundo a Corte não há falar em violação do princípio de separação entre confissões religiosas e Estado (art.19, I), no contexto em análise, uma vez que a Constituição Federal prevê a proteção dos locais de culto e suas liturgias “na forma da lei” (art. 5º, VI), o que leva à possibilidade de delimitação de aspectos periféricos do exercício do culto, dentre os quais está o modo presencial ou virtual de sua realização em tempos de pandemia (BRASIL, 2021, p. 14 e ss.).

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito *lato sensu* de liberdade religiosa, assim entendido o subsistema constitucional ou complexo obrigacional regulador desse tema, é integrado por direitos *stricto sensu* dotados de eficácia para regular-lhe os âmbitos de incidência. Os direitos de culto, crença ou recebimento de prestação alternativa fixada em lei em decorrência de objeção de consciência a obrigação legal imposta a todos, juntamente com a garantia da separação colaborativa entre as confissões religiosas e o Estado – expressos pelos artigos 5º, VI a VIII e 19, I, da Lei Suprema, compõem o núcleo da liberdade religiosa. São dotados de fundamentalidade porque indispensáveis à configuração do conceito constitucional de dignidade da pessoa humana.

Por conseguinte, o direito *lato sensu* de liberdade religiosa e, pois, também aqueles específicos nele contidos, são constitucionalmente protegidos enquanto cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV) contra alterações que diminuam sua eficácia e, como um dos princípios constitucionais sensíveis veiculadores dos direitos da pessoa humana, contra seu descumprimento estatal, sob pena de intervenção federal nos Estados (art. 34, VII, b). Ademais, os direitos específicos de culto, crença e objeção de consciência, além daquele decorrente da separação entre confissões religiosas e Estado, possuem aplicação imediata, já que fundamentais segundo a Constituição Federal (art. 5º, § 1º).

O liberdade religiosa em sentido amplo, não só é direito fundamental. É, também, um dos direitos humanos, consoante interpretação do Supremo Tribunal Federal, estando protegida por tratados internacionais dotados de posição hierárquica supralegal (art. 5º, § 2º) ou, quando aprovados pelo processo de promulgação de Emenda, de *status* constitucional (art. 5º, § 3º).

A liberdade religiosa é restringida em sua manifestação por normas constitucionais promulgadas sob o influxo de ideias oriundas do humanismo contemporâneo. Assim, o princípio da dignidade humana (art. 1º, III) é norma constitucional de limitação absoluta, logo, sempre presente ao exercício daquela liberdade. Os conteúdos essenciais dos demais direitos fundamentais são o limite relativo externo à liberdade religiosa. O dever de respeito à liberdade religiosa dos outros, o limite relativo intrínseco a ela.

Por sua vez, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos (art. 18, 3) e aquele de San José da Costa Rica (art. 12, 3), na condição de veiculadores de direitos humanos afirmam que a liberdade religiosa, embora ampla, pode ser limitada por lei, se necessário para proteger a segurança, ordem, moral, saúde pública ou os direitos dos demais.

Os limites constitucionais e supralegais ao exercício da liberdade religiosa são alvo de interpretação e detalhamento pelos poderes da República, sobretudo quando da elaboração de leis e redação de acórdãos. Enquanto limites legais, destacam-se: a) o respeito à soberania, ordem pública e bons costumes (art. 17, Decreto-Lei n. 4.657/1942); b) vedação às condutas criminosas de escárnio público de alguém, por motivo de crença ou função religiosa, de impedimento ou perturbação de cerimônia religiosa ou de vilipêndio público a ato, objeto de culto (art. 208, Código Penal); c) proibição às condutas de prática, indução ou incitação à discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência (art. 20, Lei n. 7.716/1989); d) vedação ao abuso no exercício do direito (art. 187, Código Civil).

Segundo o Judiciário, notadamente, o Supremo Tribunal Federal, as limitações à liberdade religiosa informadas pela Constituição e por tratados internacionais de direitos humanos permitem o seguinte rol de compreensão: a) a não concessão de aspecto do exercício de direito específico de liberdade religiosa, a exemplo da outorga de prestação alternativa ao objetante de consciência, deve obedecer a razoabilidade, proporcionalidade, igualdade e eficiência na realização dos serviços pela Administração Pública, que deverá fundamentar sua decisão; b) qualquer conduta ilícita não é protegida pela liberdade religiosa, a exemplo do discurso de ódio e do racismo religioso; c) embora o núcleo do direito *lato sensu* de liberdade religiosa e os conteúdos essenciais dos direitos específicos que o compõem não possam ser limitados, a periferia de todos eles pode sofrer restrições, quando da ponderação valorativa para a solução de colisão com outros direitos fundamentais.

Portanto, a liberdade religiosa é limitada por normas constitucionais e supralegais, conforme detalhamento de leis aprovadas em conjunto por Legislativo e Executivo, e aplicadas segundo interpretação do Judiciário, a fim de se preservar, em última instância, a dignidade humana configurada pelos direitos fundamentais e humanos, valendo-se da razoabilidade e proporcionalidade, para que se alcance bem-estar existencial no contexto da valorização da diversidade e da vida.

## REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. 2. ed. atual., v. 2 (arts. 5º a 17). São Paulo: Saraiva, 2001.

BOISSONNADE, P. **Life and Work in Medieval Europe**. Trad. Eileen Power. Londres: Paul, Trench, Trubner, 1927. Reimpressão em 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26/DF**, rel. Min. Celso de Mello, j. 13.06.2019, DJe 06.10.2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>>. Acesso em: 19.12.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 1/RJ**, rel. Min. Néri da Silveira, j. 03.02.2000, DJ 07.11.2003. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=348389>>. Acesso em: 19.12.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/DF**, rel. Min. Eros Grau, j. 29.04.2010, DJe 06.08.2010. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 19.12.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 811/SP**, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08.04.2021, DJe 25.06.2021. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756267154>>. Acesso em: 20.12.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **Habeas Corpus n. 82.424-RS**. Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 19.9.2003, DJ 19.3.2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **Habeas Corpus n. 87.585/TO**, rel. Min. Marco Aurélio, j. 03.12.2008, DJe 26.06.2009, v.u. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 04.01.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **Recurso Extraordinário n. 349.703/RS**, rel. Min. Ayres de Britto, red. Min. Gilmar Mendes, j. 03.12.2008, DJe 05.06.2009. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>>. Acesso em: 04.01.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **Recurso Extraordinário n. 466.343/SP**, rel. Min. Cezar Peluso, j. 03.12.2008, DJe 05.06.2009, v.u. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 04.01.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **Recurso Extraordinário n. 494.601/RS**, rel. Min. Marco Aurélio, red. Min. Edson Fachin, j. 28.03.2019, DJe 19.11.2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751390246>>. Acesso em: 05.01.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **Recurso Extraordinário n. 611.874/DF**, rel. Min. Dias Toffoli, red. Min. Edson Fachin, j. 26.11.2020, DJe 12.04.2021a. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755555145>>. Acesso em: 05.01.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.099.099/SP**, rel. Min. Edson Fachin, j. 26.11.2020, DJe 12.04.2021b. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755554694>>. Acesso em: 05.01.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.267.879/SP**, rel. Min. Roberto Barroso, j. 17.12.2020, DJe. 08.04.2021. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755520674>>. Acesso em: 06.01.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. **Recurso Extraordinário n. 562.351/RS**, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 04.09.2012, DJe 14.12.2022. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3195619>>. Acesso em 03.01.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 134.682/BA**, rel. Min. Edson Fachin, j. 29.11.2016, DJe 29.08.2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13465125>>. Acesso em: 05.01.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 146.303/RJ**, rel. Min. Edson Fachin, red. Min. Dias Toffoli, j. 06.03.2018, DJe 07.08.2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747868674>>. Acesso em: 05.01.2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 7ª Turma. **Recurso de Revista n. 400-79.2010.5.09.0004**, rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, j. 11.09.2013, DJe 13.09.2013, v.u. Disponível em: <<https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/2ac94025c0e51a448fe8fc32e7fb61c>>. Acesso em 04.01.2023.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. **Constituição Federal Brasileira** (1891). Brasília: Senado Federal, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

CHEMERINSKY, Erwin. **Constitutional Law: Principles and Policy**. 4. ed. New York: Wolters Kluwer, 2011.

FERRAND, Martín Riso. **Derecho Constitucional**. 2. ed., t. 1. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006.

HAMBURGER, Philip. **Separation of Church and State**. Cambridge, MA: Harvard Press, 2002.

JAMES, Herman Gerlach. **The Constitutional System of Brazil**. Fac-Símle Ed. Austin, TX: Carnegie Institution, 1923.

JELLINEK, Georg. **La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano**. Trad. Adolfo Posada. Granada, ES: Comares, 2009.

LELLIS, Lélío Maximino. Introdução à teoria do direito à liberdade religiosa. In: LELLIS, L. M. e HEES, C. A. **Fundamentos jurídicos da liberdade religiosa**. Engenheiro Coelho, SP: Unaspress, 2016.

LELLIS, Lélío Maximino. **Princípios constitucionais do ensino**. São Paulo: Lexia, 2011.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos do cidadão**. Coimbra, PT: Editora Coimbra, 1996.

MAZURKIEWICZ, Piotr. Religious Freedom in the Time of the Pandemic. **Religions**, v. 12, n. 2, 2021, p. Disponível em: <<https://doi.org/10.3390/rel12020103>>. Acesso: 05.01.2022.

MILLER, Nicholas P. **The Religious Roots of the First Amendment**. New York, NY: Oxford University Press, 2012.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile**. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)>. Acesso: 03. 01.2023.

PELLUCHON, Corine. **Éthique de la considération**. Paris: Editions Seuil, 2018.

PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito Público Brasileiro e análise da Constituição do Império**. Brasília: Senado Federal, 1978.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969, t. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 9ª Câmara Cível, **Apelação Cível n. 70048038889**, rel. Des. Pires Ohlweiler, j. 25.04.2012; DJe 03.05.2012, v.u. Disponível em: <<https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/processo/deciso/es/acordaos?numeroProcesso=70048038889&codComarca=700&perfil=0>>. Acesso em: 03.01.2023.

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. **Comentários à Constituição Brasileira de 1891**. Brasília: Senado Federal, 2005.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça, 2ª Câmara de Direito Público, **Apelação Cível n. 1017745-89.2015.8.26.0053**, rel. Des. Maria Fernanda Rodvalho. j. 01.10.2021, DJe 14.10.2021, v.u. Disponível em:

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15074391&cdForo=0>>. Acesso: 09.01.2023.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

THE UNITED STATES OF AMERICA. Congress. **Constitution Annotated: Analysis and Interpretation of the U.S. Constitution**. Washington, D.C.: Library of Congress, 2022. Disponível em: <<https://constitution.congress.gov/browse/amendment-1/>>. Acesso: 09.01.2023.

THE UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Davis v. Beason**, 133 U.S., 333 (1890). Disponível em: <<https://tile.loc.gov/storage-services/service/l1/usrep/usrep133/usrep133333/usrep133333.pdf>>. Acesso: 04.01.2023.

THE UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Reynolds v. United States**, 98 U.S. 145 (1878). Disponível em: <<https://tile.loc.gov/storage-services/service/l1/usrep/usrep098/usrep098145/usrep098145.pdf>>. Acesso: 04.01.2023.

THE UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. **Torcaso v. Watkins**, 367 U.S. 488 (1961). Disponível em: <<https://tile.loc.gov/storage-services/service/l1/usrep/usrep367/usrep367488/usrep367488.pdf>>. Acesso: 04.01.2023.

WEINGARTNER NETO, Jayme. Art. 5º, VI a VIII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013, p. 264-273.

WILLIAMS, Roger. **On Religious Liberty**: selections from the Works of Roger Williams. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2008.

## NOVAS TECNOLOGIAS E O DESVELAR DA CRIPTOARTE: O DIREITO AUTORAL EM TEMPOS DE *BLOCKCHAIN*

### *NEW TECHNOLOGIES AND THE UNVEILING OF CRYPTOART: COPYRIGHT IN BLOCKCHAIN TIMES*

Jordana Siteneski do Amaral<sup>1</sup>  
Faculdade Meridional (IMED)

Saete Oro Boff<sup>2</sup>  
Faculdade Meridional (IMED)

#### **Resumo:**

Este trabalho propõe-se a discutir a proteção dos Direitos Autorais em uma nova forma de adquirir e investir em arte digital: a criptoarte. Utilizando-se do método hipotético-dedutivo, o problema de pesquisa ao qual o presente trabalho pretende responder é se a criptoarte encontra-se dentro do campo de incidência do Direito Autoral. Parte-se da hipótese inicial afirmativa, de que a criptoarte é passível de proteção pelo Direito Autoral, estando portando, dentro do campo de incidência do Direito Autoral, dado que a regra geral é o reconhecimento da paternidade da obra e consequente remuneração do autor. Observou-se que a arte digital em si não é novidade, mas a possibilidade de comercialização e comprovação de autenticidade e unicidade ocorre graças às tecnologias da criptografia e da *blockchain* e aos *non-fungible tokens* (NFTs) que ficam permanentemente vinculados à obra. Considerando que a criptoarte trata-se de uma obra com finalidades estéticas, e não uma obra utilitária, que possui um autor pessoa física, e que a regra é a proteção da obra e consequente remuneração dos autores e/ou titulares, tais obras encontram proteção no instituto do Direito Autoral. Não obstante, considerando que a lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98) possui três campos distintos, de incidência, de isenção e de imunidade, verifica-se por fim, corroborada a hipótese inicial, de que a criptoarte perfaz os requisitos necessários para estar no campo da incidência.

#### **Palavras-chave:**

*Blockchain*. Direito Autoral. NFTs. Arte Digital. Contratos inteligentes.

#### **Abstract:**

This work proposes to discuss copyright protection in a new way of acquiring and investing in digital art: cryptoart. Using the hypothetical-deductive method, the research problem that this work intends to answer is whether cryptoart is within the scope of copyright. We start from the initial affirmative hypothesis, that cryptoart is subject to protection by copyright, therefore, being within the scope of copyright, given that the general rule is the recognition of the paternity of the work and consequent remuneration of the author. It was observed that digital art itself is nothing new, but the possibility of its commercialization and proof of authenticity and uniqueness occurs thanks to cryptography and blockchain technologies and to non-fungible tokens (NFTs) that are permanently linked to the work. Considering that cryptoart is a work with aesthetic purposes, and not a utilitarian work, which has an individual author, and that the rule is the protection of the work and consequent remuneration of the authors and/or owners, such works are protected in the copyright institute. Nevertheless, considering that copyright law has three distinct fields of incidence, exemption and immunity, it is finally verified, corroborating the initial hypothesis, that cryptoart fulfills the necessary requirements to be in the field of incidence.

#### **Keywords:**

Blockchain. Copyright. NFTs. Digital art. Smart contracts.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela da Faculdade Meridional (IMED), com bolsa Taxa CAPES/PROSUP. Membro do Grupo de Estudos em Desenvolvimento, Inovação e Propriedade Intelectual (GEDUPI). Graduada em Direito (IMED) Graduada em Jornalismo (UPF). E-mail: jo.siteneski@hotmail.com.

<sup>2</sup> Doutora em Direito-UNISINOS. Estágio Pós-Doutoral-UFSC. Coordenadora e Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Meridional, de Passo Fundo – IMED - Mestrado em Direito. Professora da UFFS. Linha de Pesquisa “Dimensões jurídico-políticas da tecnologia e da Inovação”. Grupo de Pesquisa CNPq “Direitos, Novas Tecnologias e Desenvolvimento”. Grupo de estudo GEDIPI. E-mail: salete.oro.boff@gmail.com.

## 1. INTRODUÇÃO

Walter Benjamin publicou em 1955 o famoso ensaio *A obra de arte na era da reprodutibilidade técnica*, na qual, a par dos estudos da escola crítica, argumentou que a reprodução massificada dos bens simbólicos e, em especial das obras de arte, acabava por esvaziá-la de seu sentido e de sua “aura”. Para o autor, a aura era concebida como a autenticidade, a singularidade da obra que era gerada pelo seu “aqui e agora”, isto é, o contexto em que ela foi criada e indo até o seu testemunho histórico. Por exemplo, uma estátua da deusa Vênus era, para os gregos, um objeto de culto, enquanto que para os clérigos medievais representava um ídolo nefasto. Mas em qualquer dos contextos, a sua singularidade e a sua aura eram percebidas pelas sociedades.

Na ‘pós-modernidade’, há quem diga que a “aura” da obra de arte não é exaurida com a produção de várias cópias. Ao contrário, é por meio da sua reprodução reiterada que a obra recria a aura, tornando-se popular e integrando o imaginário coletivo (Silva, 2012, p.18).

Estas são discussões pertinentes quando se fala de arte e de tecnologias digitais, uma vez que elas possibilitam a popularização e a reprodução de forma fácil e praticamente infinita das obras. Neste contexto, questiona-se como atestar a singularidade e a autenticidade de uma obra de arte digital? Fazendo uma provocação e partindo do famoso ensaio crítico de Benjamin, será que o avanço da tecnologia, justamente o qual possibilitou a facilidade da reprodução das obras, também não trouxe uma resposta para esta pergunta? É possível que sim.

Este trabalho propõe-se a discutir a proteção dos Direitos Autorais em uma nova forma de adquirir e investir em arte digital: a criptoarte. A arte digital em si não é algo novo, remontando à década de 1960. No entanto, o que chama a atenção é uma nova forma de comercialização destas obras digitais, por meio de *non-fungibletokens* (NFTs), isto é, *tokens* não fungíveis na rede *blockchain* e pagas por meio de moedas digitais.

Utilizando-se do método hipotético-dedutivo, o problema de pesquisa ao qual o presente trabalho pretende responder é se a criptoarte encontra-se dentro do campo de incidência do Direito Autoral. Parte-se da hipótese inicial afirmativa, de que a criptoarte é passível de proteção pelo Direito Autoral, estando, portanto, dentro do campo de incidência do Direito Autoral, uma vez que a regra geral é o reconhecimento da paternidade da obra e a consequente remuneração do autor.

Este artigo está dividido em três tópicos, além de introdução e conclusão, em que se desenvolvem os seus respectivos objetivos específicos. No primeiro tópico, busca-se conceituar

a criptoarte e as NFTs. No segundo tópico busca-se conceituar e explicar a tecnologia *blockchain* e a plataforma *Ethereum*, onde as NFTs são comercializadas, bem como a remuneração dos autores por meio de *smart contracts*. Por fim, no terceiro tópico discute-se se as obras chamadas de criptoarte situam-se no campo de incidência do Direito Autoral.

## 2. A CRIPTOARTE E AS NFTs

As tecnologias de informação e de comunicação (TICs) estão associadas a transformações estruturais, em nível global transcendendo fronteiras geográficas e culturais. Elas se desenvolveram no decorrer da história, com impulso a partir de 1970 e com mais evidência na última década do Século XX. Constituem-se de um conjunto de recursos tecnológicos, utilizados de forma integrada e de diversas formas. São ferramentas cotidianas, tais como o e-mail, os fóruns online e a webcam. Englobam todas as tecnologias que servem como mediadoras para os processos de comunicação relacionadas ao processamento, ao armazenamento e à transmissão de informações e dados, bem como sua comunicação.

As TICs estão redefiniram os limites do que é possível, a interconexão reduziu distâncias e permitiu a colaboração em tempo real. A disseminação da informação, a comunicação instantânea e a capacidade de processar grandes quantidades de informações em um curto espaço de tempo são características dessas ferramentas. Esse contexto cria oportunidades em várias áreas, como na área da Propriedade Intelectual, tanto em relação aos Direitos Autorais, quanto em relação aos inventores, na Propriedade Industrial.

Nesse contexto, surgem as obras digitais e a ‘criptoarte’. Elas surgiram no início do século XXI, juntamente com o surgimento da tecnologia *blockchain* e das criptomoedas. Pode-se considerar como um novo gênero artístico que utiliza o *blockchain* para dar valor e escassez à arte digital: a arte digital de acesso único. É todo tipo de produção artística, colecionável e limitada, registrada com o uso de criptografia e um *token* não fungível (*non-fungibletoken*) na rede *blockchain* (Franceschet et al., 2020).

Estas produções também são comumente chamadas de NFTs, ou colecionáveis, e têm chamado atenção pela possibilidade de ser negociada com facilidade por meio de criptomoedas, bem como pelos elevados valores que algumas têm atingido. O meio pelo qual estas obras são expressas, isto é, seu suporte, são seus *bytes* de informação e o seu meio é o digital. Logo, a criptoarte nada mais é do que uma obra de arte digital comercializada na forma de NFT, usando a tecnologia *blockchain* e adquirida por meio de pagamento em moedas digitais.

A arte digital em si não é algo novo, uma vez que pesquisas que tentavam aproximar arte e tecnologia remontam ao ano de 1967, com o grupo do EAT (Experimentos em Arte e Tecnologia). A primeira obra em pixels foi criada naquele ano, por Kenneth C. Knowlton, especialista em informática, quando ele transformou a fotografia de uma jovem em uma imagem composta de pixels de computador (Varella, 2019).

De forma disseminada e acessível a partir da década de 1990, a arte digital tornou-se propícia para o surgimento de manifestações culturais também digitais, como o *fanart*, a *pixel art*, as *fanfics*, dentre outras manifestações (Amaral; Boff, 2018).

Porém, diferentemente do que ocorre com as obras físicas, sabe-se que no ambiente digital é possível copiar e fazer *downloads* das obras, que ficam exatamente iguais e podem ser armazenadas em algum dispositivo. Como garantir, desta forma que aquela obra se trata da “obra original” e não de uma simples cópia? Como atestar a autenticidade, a unicidade das obras e que determinado grupo de *bytes* é a obra colecionável e possui valor, podendo ser negociada? Como conceder à obra digital a característica da *infungibilidade*, algo essencial em uma obra de arte para torná-la única e insubstituível? Estas eram algumas das dificuldades encontradas em se comercializar arte digital. Dificuldades para as quais a tecnologia encontrou uma solução: negociar a obra na rede *blockchain* e utilizar o *non-fungibletoken (NFT)* para garantir a autenticidade.

O *non-fungibletoken (NFT)*, ou *token* não fungível, é um tipo de *token* que usa criptografia e consegue representar algo único. É ele que consegue dar à obra a característica da infungibilidade, isto é, ela não pode mais ser substituída por outra igual ou semelhante. O *token* fica permanentemente vinculado à obra e consegue atestar a propriedade da obra a quem o possuir, bem como sua autenticidade (Franceschet et al., 2020). Dito de outra forma, o NFT funciona como uma espécie de “certificado de autenticidade digital” formado por um pacote de dados inserido na rede *blockchain* (Battaglia, 2021).

Uma vez criada, a obra pode ser negociada na rede *blockchain*, podendo ser comprada ou trocada, ou ainda ser guardada pelos colecionadores como qualquer outro artefato raro. Um dos meios de comercialização dessas obras são os leilões, onde os compradores fazem as ofertas e o criador tem opção de aceitar ou não o lance. Se o lance for aceito, a obra passa para a carteira do comprador e preço correspondente é pago por meio de criptomoedas. A quantia sai da carteira do comprador e passa para a carteira do criador (Franceschet et al., 2020). No caso da criptoarte, a moeda utilizada na comercialização é a *Ether*, a segunda criptomoeda mais valorizada, atrás apenas da *Bitcoin*. Negociada na *blockchain Ethereum*, algumas das suas

principais características são a descentralização e o uso de contratos inteligentes (*smart contracts*).

Como salientado, a criptoarte é um movimento recente, em que o artista produz obras digitais, utilizando os recursos das máquinas para a criação, como *softwares*, mesas digitalizadoras, ou, ainda é possível produzi-la primeiro de forma analógica e física, para depois digitalizá-la. Trata-se de uma nova forma de criar e comercializar arte, destacando-se como um movimento artístico que consegue dialogar com o novo milênio, uma vez que possui as características necessárias para se ter um mercado rápido, efervescente e adaptado para uma nova geração de colecionadores, que não se preocupam mais tanto em ter a posse de um material físico. Se antes uma obra de arte digital tinha poucas chances de ter sucesso no mercado, graças à tecnologia *blockchain* é possível que estas artes possuam um certificado garantido a sua raridade e escassez, obtendo maior valor de troca.

As primeiras obras comercializadas como NFTs que obtiveram sucesso foram os colecionáveis *CryptoKitties*, lançados em 2017, que nada mais são do que imagens de gatinhos que podem ser colecionadas e vendidas por meio de criptomoedas, possuindo os critérios de raridade, unicidade e autenticidade comprovada (Cryptokittes, 2021).

Se existiam dúvidas referentes ao potencial da rentabilidade dos NFTs, a comercialização vem mostrando o contrário: existe um mercado em ascensão quando o assunto são as obras vendidas na rede *blockchain*. O site *cryptoart.io*, um banco de dados sobre a comercialização desses ativos possui uma lista com os NFTs mais caras já vendidos. É possível perceber que algumas alcançam valores bem altos, além de se verificar uma infinidade de estilos das obras.

O mercado de arte tradicional também tem demonstrado interesse em ingressar na venda dos NFTs. A famosa casa leiloeira inglesa *Christie's*, fundada em 1766, que já leiloou obras de artistas como Leonardo da Vinci e Pablo Picasso realizou em março de 2021 o primeiro leilão de arte digital. A obra “*Everydays: theFirst 5000 Days*” do artista digital Mike Winkelmann, mais conhecido como “Beeple”, foi arrematada pelo valor de US\$ 69 milhões (BBC, 2021).

Mas não são apenas ilustrações digitais criadas por artistas que podem se transformar em NFTs comercializáveis. Uma vez que o NFT pode ter diferentes extensões e formatos, ele pode ser uma imagem, um vídeo, uma música, ou um GIF, por exemplo. Ainda em março de 2021, houve a criação de uma plataforma de comercialização de NFTs voltada para o mercado musical brasileiro. A plataforma ainda está em fase de testes, porém já possui um modelo de

negócios definido. A *Phonogram.me* é uma *startup* que oferece ao público a possibilidade de compra de fonogramas dos artistas, de forma semelhante ao que acontece com a compra de uma ação. Assim, o público pode investir em seus artistas favoritos, trazendo uma nova opção de remuneração pelas obras criadas (Vicentin, 2021).

Em verdade, uma infinidade de conteúdos e imagens têm sido vendidas como NFTs. Neste contexto, são os memes que ganham destaque. O meme é hoje uma parte muito importante da cultura nas redes, seja ele compreendido como um “gene replicante da cultura” (Dawkins, 2007), ou a replicação por meio da imitação (Blackmore, 1999), ou ainda, como um pedaço de cultura, normalmente com conteúdo engraçado, que ganha influência na internet por meio da transmissão (Davidson, 2012). O fato é que, mesmo antes do meme ser comercializado como NFT, o seu potencial econômico já tinha sido notado, seja pela sua utilização na publicidade ou pelo direito de marca<sup>3</sup> (Amaral; Boff, 2019).

A imagem que resultou da fusão do personagem Homer Simpson e do meme *Pepe, the frog* foi adquirida em 2018 por um valor de \$38 mil dólares. Hoje, a mesma imagem está cotada em \$320 mil (Battaglia, 2021). Outro exemplo é o meme *Disaster Girl*, foto onde uma criança olha para a câmera com um olhar maléfico enquanto ao fundo, se vê uma casa em chamas. O NFT desse meme foi arrematado por cerca de US 500 mil (Forbes, 2021). Junto a este grupo estão os memes *Doge* e *Bad Luck Brian*. A NFT do meme *Doge* (a imagem de um cachorrinho) recentemente bateu o recorde de valor até então pago por um meme, sendo vendido por US\$ 4 milhões.

Quando se fala em aquisição de NFTs, não significa que haverá a aquisição de um arquivo digital em si, isto é, o comprador não vai adquirir a arte digitalizada em um *pendrive* ou gravada em alguma mídia física. A obra não será retirada da internet e sua reprodução proibida, pois o arquivo pode inclusive continuar disponível na rede para todos visualizarem e até mesmo salvarem em suas máquinas. De fato, o que o comprador adquire são os metadados<sup>4</sup> daquela imagem ou informação que representa a NFT.

Como exemplo: o famoso meme do *NyanCat*, criado em 2011, ainda pode ser visto de forma gratuita na internet, embora seu NFT tenha sido comprado por US\$ 580 mil. O primeiro

---

<sup>3</sup> É possível encontrar no Brasil memes protegidos pelo registro de marca no Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) (Amaral; Boff, 2019).

<sup>4</sup> De uma forma simples, metadados podem ser definidos como “dados sobre dados”, o que significa dizer que são informações sobre algum conteúdo que auxiliam a encontrá-lo ou compreendê-lo, tais como informações sobre a criação do item, nome, tópico, recursos e assim por diante (Riley, 2017).

*tweet* do CEO e criador do *Twitter* foi negociado por US\$ 2,9 milhões, mas a publicação não foi excluída da conta de Jack Dorsey (Battaglia, 2021).

Em síntese, o NFT fornece uma certificação de posse de um arquivo ao qual o ele está vinculado. Ele é insubstituível, único e não pode ser fracionado. O objetivo é tornar aquela peça única e certificar sua autenticidade, gerando sua escassez e raridade, o que permite que ela se torne colecionável e galgue valor no mercado.

Quando uma obra de arte é vendida como NFT ela continua no mercado e pode ser renegociada. Um dos grandes diferenciais da negociação dos NFTs para os artistas, é que a venda secundária compensa o artista original com uma porcentagem pela revenda. Quando o artista vende uma obra para alguém ele irá receber uma quantia pela venda da obra. Se o adquirente da obra quiser vendê-la para uma outra pessoa, isto é, para um terceiro, o artista que criou a obra poderá receber uma quantia pela venda ao terceiro, e assim sucessivamente conforme a obra for passado de propriedade.

As vantagens da venda de criptoarte consistem na rapidez na “cadeia de comercialização”, isto é, na venda e revenda da criptoarte, bem como na simplificação para os artistas e redução de custos no transporte, armazenamento e comissões para intermediários. Em síntese, para os artistas, a criptoarte representa uma forma de obter e manter o controle de das obras e colher rendimentos. (Franceschet et al.,2020).

Andy Warhol é um dos expoentes representativos do comércio de arte com maior potencial de vendas com a *pop art*<sup>5</sup>. Warhol procurava divulgar sua arte e sua marca para o maior número de pessoas. É possível encontrar no comércio da criptoarte, semelhança com o movimento da *pop art*, pois é exatamente isso que ela busca fazer com a venda e distribuição dessas obras por meio da rede (Franceschet et al., 2020).

Mas esta forma de venda de arte e de bens culturais somente se tornou possível em função do surgimento de tecnologias como a criptografia, a rede *blockchain* e as moedas digitais. Este fenômeno da criptoarte e dos NFTs em geral está ligado aos valores que a tecnologia *blockchain* passou a representar: descentralização, democratização e controle individual são algumas das características buscadas por artistas, galerias e colecionadores (Franceschet et al., 2020).

---

<sup>5</sup>A *pop art* foi um movimento artístico surgido na década de 1950, mas se popularizou mesmo na década seguinte. Suas raízes podem ser vistas no dadaísmo, porém o que a diferencia das demais escolas é o seu apreço pela representação do consumo e publicidade (Stangos, 1991). A *pop art* é uma parte importante daquilo que se conhece como “cultura de massas”.

Nesse sentido, este trabalho passa a explicar, no próximo tópico, o que é a rede *blockchain* e a plataforma *Ethereum*.

### 3. A TECNOLOGIA *BLOCKCHAIN* E A PLATAFORMA *ETHEREUM*

A *blockchain* é uma tecnologia baseada na descentralização e na confiança que é estabelecida em função da validação das transações executadas na rede *blockchain*. Partindo desta afirmação, compreende-se porque ela permite a criação de sistemas descentralizados, criptomoedas, contratos inteligentes autoexecutáveis (*smart contracts*), dentre outras aplicações.

Tem-se que a tecnologia *blockchain* é um banco de dados avançado de transações salvo e organizado de forma cronológica em uma rede de computadores. A *blockchain* é uma cadeia de transações armazenadas, que funciona como um “livro razão”. Um banco de dados *blockchain* armazena dados em blocos interligados em uma cadeia. Cada *blockchain* é criptografada e organizada em conjuntos de dados menores chamados “blocos” (*blocks*), que juntos vão formado a cadeia informações, a chamada rede *blockchain*.

Cada bloco é composto individualmente por informações sobre um número certo de transações, uma referência sobre a transação anterior da cadeia (*chain*) além da resposta a um algoritmo matemático que garante a validade dos dados associados ao bloco (*hash*). Uma cópia da *blockchain* é armazenada em cada computador na rede interconectada e assim todos têm acesso ao mesmo banco de dados, que é frequentemente sincronizado (Wright, De Filippi, 2015). De forma muito simples, a *blockchain* é uma cadeia formada por informações agrupadas em blocos e os dados são cronologicamente consistentes o que torna impossível excluir ou modificar a cadeia sem o consenso da rede, ou seja, o sistema tem mecanismos integrados que impedem entradas de transações não autorizadas.

Todas as transações precisam ser confirmadas pela rede para garantir que elas sejam legítimas, e cada vez que a confirmação ocorrer, um novo bloco será adicionado a *blockchain*, mas não antes que todos os computadores ligados à *blockchain* alcancem um consenso sobre a validade daquela transação (Wright, De Filippi, 2015). Logo, cada um dos computadores ligados a *blockchain* (chamados de nó) realiza o trabalho de validar as informações e compartilhar com os outros ‘nós’.

O fato da cadeia de informações ser descentralizada, isto é, distribuída entre os participantes e não em apenas um lugar, somado ao fato da necessidade da validação das

informações ali inseridas é o que torna a rede mais segura e íntegra, pois modificar de forma ilegítima as informações pode se tornar muito difícil.

Depois que o bloco é adicionado à rede *blockchain*, ele não pode mais ser excluído e as transações que ele contém podem ser verificadas e acessadas por todos na rede. Este bloco se torna um registro permanente, em que todos os computadores interligados na rede podem usá-lo para coordenar uma ação ou verificar um evento.

Uma das aplicações da tecnologia *blockchain* são as moedas digitais. A mais famosa delas, a *Bitcoin*, foi lançada em 2009 e se espalhou rapidamente. A *Bitcoin* fica armazenada em “carteiras digitais”, que podem estar em um ambiente online, em um computador ou celular e a posse da *Bitcoin* se dá com as chaves privadas, que funciona como uma espécie de senha necessária para movimentá-la. A carteira organiza e armazena as chaves privadas do usuário e é por meio dela que é possível fazer uma transação autorizando o envio de *Bitcoins* para outros destinatários e gerar endereços para receber de *Bitcoins* de outros usuários (Coinext, 2021).

Os NFTs são comercializadas na *blockchain Ethereum*, que possui como moeda o *Ether*. Criada em 2015, a plataforma possui algumas peculiaridades em relação à *Bitcoin*, pois a *Ethereum* é voltada para aplicações descentralizadas e com alta confiabilidade, como são os *smart contracts* (contratos inteligentes), os quais são uma das suas principais aplicações. Os contratos inteligentes, de uma forma sucinta, são acordos firmados cujas disposições foram formalizadas em um código fonte (Wright, De Filippi, 2015).

De acordo com Ferreira (2017, p.24) contratos inteligentes são *scripts* para transferência de valores que podem “conversar entre si”, e que o criador da plataforma *Ethereum* dividiu em três tipos: aplicações financeiras (fundos de investimentos e de cobertura, sistemas de bolsa de valores); aplicações parcialmente financeiras (há uma troca de valor monetária, mas o sistema em si não é voltado para dinheiro); e aplicações não financeiras (sistemas de votação e governança).

Estes contratos possuem a característica de serem autoexecutáveis, isto é, uma vez firmados independem da ação de um dos atores para serem executados, sendo apenas necessário possuir dinheiro em moeda *Ether* para que o contrato seja executado. Isto porque é necessário um valor para cobrir os custos de computação realizada necessária para realizar a transação, chamado de *gas* (abreviação de gasolina em inglês) que existe para evitar ataques de negação de serviço e ocorrência de *spam*(Ferreira, 2017).

Para Divino (2018, p.2788) *smart contracts* constituem um verdadeiro negócio jurídico em função de suas características semelhantes aos contratos tradicionais, que

estabelecem obrigações, podem ser de forma unilateral ou bilateral, possuem imperatividade, são previamente pactuados e expressos em linguagem computacional apropriada (algoritmos) e em um termo digital que representará *ipsis litteris* o anteriormente acordado, armazenado e executado em uma base de banco de dados descentralizado (*Blockchain*).

Estes contratos possuem como características: 1) forma eletrônica, de modo que inexistente contrato inteligente senão na forma eletrônica; 2) transcrição e execução em *Hardware* e *Software*, pois pode ser escrito em algoritmos ou outra linguagem computacional (*software*), e para iniciar seu cumprimento se faz necessário a existência de *hardware*; 3) maior chance/nível de certeza de adimplemento, de maneira que se reduz a possibilidade de interpretação ambígua; 4) natureza condicional, uma vez que ela é necessária para a computação, pois nela se baseiam sua sintaxe; 5) autônomo, porque a execução se dá por meio de um computador ou outro meio; 6) cumprimento e execução imperativos, com a possibilidade de execução forçada em caso de inadimplemento; 7) dispensa-se confiança (*trustless*), uma vez que a transação é realizada na *blockchain*, sem a necessidade de intermediários (Divino, 2018).

Feitas essas observações sobre a *blockchain*, a rede *Ethereum* e os contratos inteligentes, fica mais simples observar como a compra dos *NFTs* é realizada e validada dentro da rede. Toda vez que o artista envia uma obra de criptoarte para uma galeria, uma transação é iniciada na rede *blockchain*. Essa transação cria e transfere um *token* que fica exclusivamente associado à obra. A transação é assinada pelo artista com uso de criptografia, comprovando a autenticidade da obra. No momento da compra da arte, ocorre uma nova transação na rede *blockchain*: o *token* vinculado a obra de arte passa para a carteira do colecionador e o valor em *Ethers* passa a carteira do artista. São negócios que ocorrem de forma semelhante à concepção clássica de alienação de bens do Direito Civil Privado.

#### **4. A CRIPTOARTE NO CAMPO DE INCIDÊNCIA DO DIREITO AUTORAL**

A tecnologia, por vezes, foi interpretada de forma ameaçadora no que diz respeito aos Direitos Autorais<sup>6</sup>. Isso se deve ao surgimento e a popularização de novas tecnologias, sobretudo na internet e suas infinitas possibilidades de *download* e de reprodução massiva de

---

<sup>6</sup> Um desses teóricos é Keen (2009), que faz uma crítica bastante contundente à forma amadora de produção de conteúdo, arte e informação na internet por uma série de razões. Em síntese, segundo o autor, as redes sociais e plataformas de distribuição de conteúdo amador, como YouTube e blogs pessoais estão arruinando as instituições culturais, os direitos de propriedade intelectual e a economia.

bens culturais, que, na maioria das vezes, estão protegidos por direitos de Propriedade Intelectual, culminando na pirataria e os *downloads* ilegais.

Ocorre que o jogo começou a virar quando a indústria repensou seu modelo de negócios e começou a usar as possibilidades da tecnologia a seu favor. Por exemplo, as lojas de *downloads* legais e, mais posteriormente, o *streaming* de músicas e vídeos pago foi a aposta para que o consumidor pudesse consumir esses produtos dentro da legalidade e pagando os direitos devidos, sem precisar comprar cópias físicas.

Como se percebe, a arte não ficou alheia ao avanço da tecnologia e abraçou o avanço da “digitalização do mundo”. Agora, com o desenvolvimento da tecnologia *blockchain*, apresentam-se novas possibilidades para a comercialização da arte. Mais uma vez, observa-se o uso das novas tecnologias para desenvolver soluções para demandas e para criação de novas formas de mercado.

No que diz respeito aos Direitos Autorais, é importante relembrar que este é ramo do direito privado que tutela as relações jurídicas oriundas da criação e da utilização de obras intelectuais estéticas, científicas e literárias. Estas relações nascem com a criação da obra, momento em que surgem os direitos de aspecto moral (por exemplo, os direitos de paternidade, de nomeação e de integridade da obra) ou na colocação da obra em circulação, onde se fala nos direitos de aspecto patrimonial, (por exemplo, direitos de reprodução e representação, cessão e alienação da obra, de fixação gráfica e inserção em suportes) (Bittar, 2015, p.28).

Para definir obra, o legislador indica uma “criação do espírito”, sem qualquer outra condicionante valorativa, tais como a originalidade (Abrão, 2017). A obra pode ser chamada de “obra intelectual”, “criação”, “produção do espírito” entre outras formas, e reflete a personalidade do autor que a produz –“na criação do espírito -, e daí o direito de autor” (Boff; Abido, 2020, p. 305).

São emanções do gênio humano das artes, da literatura e da ciência que recebem a proteção pelo Direito Autoral. As obras precisam atender a finalidade intelectual, de esteticidade ou de conhecimento e podem possuir função utilitária, isto é a consecução de utilidades materiais diretas (móveis, máquinas, aparatos, inventos), as quais são protegidas pela propriedade industrial e não pelos Direitos Autorais. (Bittar, 2015).

Na área do Direito Autoral distinguem-se três campos. O primeiro campo é o da incidência do direito, que é o das obras as quais a lei considera passíveis de proteção especial, onde os autores exercem o direito de exclusividade. O segundo campo é o da não incidência (isenção), onde em caráter excepcional, existem situações de exclusão ao princípio da

autorização prévia, como o uso jornalístico e a citação para fins específicos. O terceiro campo é o da imunidade destes direitos, em que não há direitos exclusivos nem privilégios, como em relação às ideias, sistemas, projetos e planos (Abrão, 2017). Logo, neste tópico busca-se verificar se a criptoarte encontra proteção pelo regime do Direito Autoral, isto é, se estas obras se encontram no campo de incidência do Direito Autoral.

Incidem os Direitos Autorais sobre as obras relacionadas no art. 7º da Lei 9.610/98, a Lei de Direitos Autorais (LDA). Neste campo, os autores exercem os direitos de exclusividade sobre a obra, de maneira que os usos legítimos estão condicionados à prévia e expressa autorização de seus autores e/ou titulares.

Para que a obra esteja no campo de incidência, é necessário que ela seja dotada de certas características, que são a fixação em suporte tangível ou intangível; que ela seja expressa por qualquer meio, de modo ser captada pelos sentidos do receptor da obra intelectual e seja passível de comunicação ao público (Abrão, 2017).

Protege-se pelo Direito Autoral tudo o que for exteriorizado, de maneira que tudo aquilo que fica apenas no plano do intelecto, da abstração, sem que haja a fixação desta ideia em um suporte (por exemplo, uma composição musical, uma pintura, um desenho, uma ilustração, uma fotografia) não é passível de proteção (Fragoso, 2009).

Trata-se da diferenciação entre o *corpus mechanicum* e o *corpus mysticum* da obra: o primeiro é a sua exteriorização em algum suporte, enquanto o segundo constitui seu elemento imaterial, intangível (Barbosa, 2011, p. 11). Neste sentido, uma obra literária não é o livro em si, mas o texto, as ilustrações, os desenhos gráficos, os caracteres que formam o conteúdo transmitido pelo criador que no suporte toma forma. O papel, a tela, a gravação, são apenas o suporte (*corpus mechanicum*) das obras, que são o conjunto de som, de imagens, dos *pixels* que as registram e as veiculam por mídias digitais ou analógicas (Abrão, 2017).

Embora toda obra que possui proteção pela lei autoral seja uma criação do intelecto, nem toda criação do intelecto recebe a proteção do Direito Autoral. Para receber esta proteção é necessário, segundo Abrão (2017, p.40):

- a) que constem do rol do art. 7º da lei 9.610/98 e/ou do art. 2º da Convenção de Berna; b) que, por reconhecimento judicial sejam consideradas criações do espírito, comprovadas: a indubitável autoria, o caráter estético não funcional, e não ser amparada por outras leis de propriedade intelectual (art. 2º, 7, da Convenção de Berna); c) que em virtude de leis supervenientes venham a ser consideradas obras intelectualmente protegidas e d) que se encontrem dentro dos prazos de proteção da lei aplicável à época de sua publicação.

Do artigo 7º da LDA depreende-se que as obras podem ser fixadas em suporte tangível ou intangível, (tais como as obras digitais) bem como são consideradas obras os desenhos, as ilustrações, as pinturas, as fotografias e as que por processo análogo forem feitas, a arte cinética, dentre outras.

A criptoarte, como conceituada, é uma obra digital que pode assumir diferentes manifestações e utilizar diferentes técnicas artísticas, como desenhos, ilustrações, colagens, dentre outros. O suporte é o meio digital, mas a criação é fruto do intelecto humano. Logo, observa-se que estão presentes na criptoarte os elementos de *corpus mysticum* e *corpus mechanicum*.

Além disto, é possível observar que as finalidades da obra estão dentro daquelas contempladas pela proteção do Direito Autoral, uma vez que se trata de obra com finalidades artísticas e estéticas, de forma majoritária, pois visam o colecionismo ou a fruição, não cabendo neste caso, falar em obra utilitária, porque não possuem caráter funcional. Por fim, verifica-se que estão dentro dos prazos de proteção conferidos pela LDA, ao tempo de sua publicação.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A situação já se repetiu de outras formas: em um primeiro momento, as novas tecnologias parecem ameaçar o *status quo* de um mercado ou a Propriedade Intelectual, para, um tempo depois, surgir uma forma disruptiva de usar a tecnologia criando um novo mercado.

Neste artigo, o objetivo foi analisar se a criptoarte se encontra no campo de incidência do Direito Autoral. No primeiro tópico, conceituou-se a criptoarte como uma obra de arte digital, colecionável e limitada, registrada com o uso de criptografia, comercializada na forma de NFT, usando a tecnologia *blockchain* e adquirida por meio de pagamento em moedas digitais.

Observou-se que a arte digital em si não é novidade, mas a possibilidade de sua comercialização e comprovação de autenticidade e unicidade, sim. Isso ocorre graças às tecnologias da criptografia e da *blockchain* e aos *non-fungibletokens* (NFTs), que ficam permanentemente vinculados à obra.

No segundo tópico o objetivo foi conceituar as tecnologias *blockchain* e a rede *Ethereum*. A *blockchain* é uma tecnologia baseada na descentralização e na confiança estabelecida em função da validação das transações executadas pela rede de computadores que

compõem a *blockchain*. Com esta tecnologia pode-se executar diversas aplicações, como as criptomoedas e os contratos inteligentes autoexecutáveis (*smart contracts*).

A *Ethereum* é uma plataforma que usa a tecnologia *blockchain* e tem como moeda o *Ether*, sendo que um dos seus diferenciais são as aplicações *smart contracts*. É nesta plataforma que as obras de criptoarte são negociadas. Existe uma infinidade de conteúdos que estão sendo vendidos atualmente na forma de NFTs, não apenas ilustrações e desenhos, mas também elementos que fazem parte da cultura digital, tais como os memes e os GIF's.

Quando o autor vende uma obra ele receberá em moeda *Ether* e estará vendendo a propriedade daquela obra, não os Direitos Autorais sobre ela, de forma semelhante ao que ocorre quando alguém compra uma pintura ou uma escultura, por exemplo. O proprietário da obra poderá, se assim quiser, vender esta obra para terceiros. Aqui reside um interessante aspecto dos contratos inteligentes, pois o autor da obra poderá receber uma porcentagem oriunda da venda da obra em todas as vezes que a obra trocar de titularidade. Tem-se aqui, mais uma forma de remunerar o autor.

Por fim, no terceiro tópico, foi discutido se a criptoarte está inserida no campo de incidência do Direito Autoral. Considerando que a criptoarte se trata de uma obra com finalidades estéticas e não uma obra utilitária, que possui um autor pessoa física, e que a regra é a proteção da obra e consequente remuneração dos autores e/ou titulares dos direitos, tais obras encontram proteção no instituto do Direito Autoral. Não obstante, considerando que a lei de Direitos Autorais possui três campos distintos, de incidência, de isenção e de imunidade, verifica-se por fim, corroborada a hipótese inicial, que a criptoarte perfaz os requisitos necessários para estar no campo da incidência.

Contudo, trata-se de uma forma recente de comercialização, não regulamentada, assim como o restante dos bens digitais, demandando ainda maior análise e aprofundamento pelo Direito. Por fim, apenas o tempo irá dizer se a criptoarte irá se consolidar tanto quanto as galerias e leilões tradicionais de arte, ou se ela é apenas mais uma efemeridade em um mundo cada vez mais digitalizado.

## REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Y. **Comentários à lei de Direitos Autorais e conexos: Lei 9610/98 com as alterações da lei 12.853/2013 e jurisprudência dos Tribunais Superiores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

AMARAL, Jordana Siteneski do; BOFF, Salete Oro. **A propriedade intelectual sobre os - memes- da internet:** perspectivas a partir do Direito Autoral e do direito de marca. *Scientia Iuris* (ONLINE), v. 23, p. 144, 2019.

AMARAL, Jordana Siteneski do; BOFF, Salete Oro. Uma obra e vários autores: o Direito Autoral e as “*fan-fictionals*” na cultura da convergência. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 1, p.162-189, mar. 2018. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/29964> Acesso em: 01 de out. de 2021.

BARBOSA, Denis Borges. Criação e fruição: os interesses jurídicos na produção intelectual | Creation and enjoyment: the legal interests in intellectual production. **Liinc em Revista**, [S. l.], v. 7, n. 2, 2011. DOI: 10.18617/liinc.v7i2.436. Disponível em: <http://revista.ibict.br/liinc/article/view/3322>. Acesso em: 1 out. 2021.

BATTAGLIA, Rafael 2021. **As 9 NFTs mais bizarras que estão rolando por aí.** Disponível em: <https://super.abril.com.br/tecnologia/as-9-nfts-mais-bizarras-que-estao-rolando-por-ai/> Acesso em: 15 de abril de 2021.

BBC (2021). **A extraordinária venda em leilão por R\$ 382 milhões de uma obra de arte que não existe na vida real.** Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-56371789> Acesso em: 13 de out. de 2021

BENJAMIN, Walter. **A obra de arte na era da sua reprodutibilidade técnica.** São Paulo: Abril, 1975.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor.** 6.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BOFF, Salete oro; ABIDO, Leonardo. O direito de autor no brasil de obras produzidas pela inteligência artificial. **Revista da Faculdade Mineira de Direito – PUC Minas.** V. 23 n. 45, 2020.

BLACKMORE, Susan. **The meme machine.** Oxford: Oxford University Press, 1999.

CRYPTOKITTIES, 2021. **Cryptokitties.** Disponível em: <https://www.cryptokitties.co/> Acesso em 08/05/2021.

COINEXT (2020). **O que é carteira de Bitcoin.** Disponível em: <https://coinext.com.br/blog/carteira-de-bitcoin> Acesso em: 13 de out. de 2021

DAVIDSON, Patrick. *The Language of Internet Memes.* In: **The Social Media Reader**, New York University Press, 2012.

DAWKINS, Richard. **O gene egoísta.** São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

DIVINO, Sthéfano Bruno Santos. **Smart contracts:** conceitos, limitações, aplicabilidade e desafios. *Revista jurídica luso-brasileira*, ano 4 (2018), nº6, p.2771. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-4-2018-n6/182> Acesso em: 05 de jul. de 2021.

FERREIRA, Frederico Lage. **Blockchain e Ethereum: Aplicações e Vulnerabilidades.** Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciência da Computação) - Instituto de Matemática e Estatística, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, Brasil, 2017.

FORBES, 2021. Os **10 NFTs mais caros da história.** Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-tech/2021/04/os-10-nfts-mais-caros-da-historia/> Acesso em: 08 de ago. de 2021.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral:** da antiguidade à internet. São Paulo: QuartierLatin, 2009.

FRANCESCHET; Massimo, COLAVIZZA, Giovanni; SMITH, T'ai; FINUCANE Blake; OSTACHOWSKI; Martin Lukas, SCALET, Sergio; PERKINS, Jonathan MORGAN, James; HERNÁNDEZ, Sebastián. **Cryptoart: A decentralized view.** In: Leonardo, MIT Press: 2020. Disponível em: [https://doi.org/10.1162/leon\\_a\\_02003](https://doi.org/10.1162/leon_a_02003) Acesso em: 15 de abril de 2021.

KEEN, Andrew. **O culto do amador:** como blogs, MySpace, YouTube e a pirataria digital estão destruindo nossa economia, cultura e valores. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

LUCIE-SMITH, Edward. Arte Pop. In: STANGOS, Nikos. **Conceitos da arte moderna.** 2 ed. Rio de Janeiro, RJ: Jorge Zahar, 1991.

RILEY, Jenn. **Understanding metadata:** what is metadata, and what is it for?. Baltimore, MD, 2017. Disponível em: <http://www.niso.org/publications/understanding-metadata-2017>. Acesso em 05 de jul. de 2021.

SILVA, Juremir Machado da. **Tecnologias do Imaginário.** Porto Alegre, 3. ed. Sulina, 2012.

VARELLA, Paulo. Arte Digital: Saiba como tudo começou. **Revista Arteref.** Disponível em: <https://arteref.com/movimentos/arte-digital/> Acesso em: 01 de out. de 2021.

VICENTIN, Tissiane (2021). **Phonogram.me:** conheça a primeira plataforma de NFT do Brasil focada em música. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2021/03/22/pro/phonogram-me-conheca-a-primeira-plataforma-de-nft-do-brasil-focada-em-musica/> Acesso em: 13 de out. de 2021

WRIGHT, Aaron; DE FILIPPI, Primavera. **Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia.** Yeshiva University, Université Paris II - Panthéon-Assas: 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2580664> Acesso em: 05 de jul. de 2021.