



ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Ano 60

239

julho a setembro de 2023

SENADO FEDERAL



SENADO FEDERAL

Mesa

Biênio 2023 – 2024

Senador Rodrigo Pacheco

PRESIDENTE

Senador Veneziano Vital do Rêgo

PRIMEIRO-VICE-PRESIDENTE

Senador Rodrigo Cunha

SEGUNDO-VICE-PRESIDENTE

Senador Rogério Carvalho

PRIMEIRO-SECRETÁRIO

Senador Weverton

SEGUNDO-SECRETÁRIO

Senador Chico Rodrigues

TERCEIRO-SECRETÁRIO

Senador Styvenson Valentim

QUARTO-SECRETÁRIO

SUPLENTE DE SECRETÁRIO

Senadora Mara Gabrilli

Senadora Ivete da Silveira

Senador Dr. Hiran

Senador Mecias de Jesus



ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília – DF

Ano 60

239

julho a setembro de 2023

SENADO FEDERAL





MISSÃO

A *Revista de Informação Legislativa* (RIL) é uma publicação trimestral, produzida pela Coordenação de Edições Técnicas do Senado Federal. Publicada desde 1964, a *Revista* tem divulgado artigos inéditos, predominantemente nas áreas de Direito e de Ciência Política e Relações Internacionais. Sua missão é contribuir para a análise dos grandes temas em discussão na sociedade brasileira e, conseqüentemente, em debate no Congresso Nacional.

FUNDADORES

Senador Auro Moura Andrade, Presidente do Senado Federal – 1961-1967

Isaac Brown, Secretário-Geral da Presidência – 1946-1967

Leyla Castello Branco Rangel, Diretora – 1964-1988

DIRETORA-GERAL: Ilana Trombka

SECRETÁRIO-GERAL DA MESA: Gustavo A. Sabóia Vieira

IMPRESSA NA SECRETARIA DE EDITORAÇÃO E PUBLICAÇÕES

DIRETOR: Rafael A. Chervenski da Silva

PRODUZIDA NA COORDENAÇÃO DE EDIÇÕES TÉCNICAS

COORDENADOR: Aloysio de Britto Vieira

EDITOR RESPONSÁVEL: Aloysio de Britto Vieira. EDITOR EXECUTIVO: Raphael Melleiro. GESTÃO DE SUBMISSÃO: Glaucia Cruz. REVISÃO: Vilma de Sousa e Walfrido Vianna. EDITORAÇÃO: Gilmar Rodrigues e Rejane Campos. Não são objeto de revisão artigos ou segmentos de texto redigidos em língua estrangeira.

POLÍTICA DE ACESSO E DIREITO DE USO: A RIL oferece acesso aberto livre a seu conteúdo (disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/>), sendo publicada sob uma licença Creative Commons na modalidade “atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença” (CC BY-NC-SA 3.0 BR).

INDEXADORES: Diadorim – Diretório de Políticas Editoriais das Revistas Científicas Brasileiras, EZB – Elektronische Zeitschriftenbibliothek, Google Scholar, Ibict CCN – Catálogo Coletivo Nacional de Publicações Seriadas, Latindex, Livre – Revistas de Livre Acesso, Portal de Periódicos Capes, Redib – Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico, RVBI – Rede Virtual de Bibliotecas, Ulrichsweb.

Revista de Informação Legislativa / Senado Federal. – Ano 1, n. 1 (mar. 1964). – Brasília, DF : Senado Federal, 1964-.

Trimestral.

Ano 1-3, n. 1-10, publicada pelo Serviço de Informação Legislativa; ano 3-9, n. 11-33, publicada pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9-50, n. 34-198, publicada pela Subsecretaria de Edições Técnicas; ano 50-, n. 199-, publicada pela Coordenação de Edições Técnicas.

ISSN 0034-835X (Impresso)

ISSN 2596-0466 (Online)

1. Direito – Periódico. I. Brasil. Congresso. Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Coordenação de Edições Técnicas
Senado Federal, Bloco 8, Mezanino, Setor 11
CEP: 70.165-900 – Brasília, DF
Telefones: (61) 3303-3575 e 3303-3576
E-mail: ril@senado.leg.br

CONSELHO

Dr. Bruno Dantas Nascimento, Universidade Nove de Julho, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Bruno Leonardo Câmara Carrá, Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Carlos Blanco de Moraes, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal / Dr. Florivaldo Dutra Araújo, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Gilmar Ferreira Mendes, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Luis Fernando Barzotto, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Luiz Fux, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Marcelo Dias Varella, UniCEUB, Brasília, DF, Brasil / Dr. Marco Bruno Miranda Clementino, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Maria Tereza Fonseca Dias, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Octavio Campos Fischer, Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Roger Stiefelmann Leal, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Sérgio Antônio Ferreira Victor, Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dr. Wremyr Scliar, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil

PARECERISTAS

Dr. Alan Daniel Freire de Lacerda, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Alexandre Luiz Pereira da Silva, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dra. Aline Sueli de Salles Santos, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Alejandro Knaesel Arrabal, Fundação Universidade Regional de Blumenau, Blumenau, SC, Brasil / Ma. Aline Vitalis, Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, Joinville, SC, Brasil / Dr. Álvaro José Bettanin Carrasco, Procuradoria-Geral Federal, Canoas, RS, Brasil / Dra. Ana Virgínia Moreira Gomes, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. André de Souza Dantas Elali, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. André Felipe Canuto Coelho, Faculdade Damas, Recife, PE, Brasil / Dr. André Saddy, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Andre Vicente Pires Rosa, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dra. Anelise Coelho Nunes, Rede Metodista de Educação, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Antonio Celso Baeta Minhoto, Universidade Cruzeiro do Sul, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Antonio de Holanda Cavalcante Segundo, Leandro Vasques Advogados Associados, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Antonio Teixeira de Barros, Centro de Formação da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, Brasil / Me. Ariel Engel Pessa, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Me. Arthur Cristóvão Prado, Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, Brasil / Dra. Beatriz Schettini, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Benjamin Miranda Tabak, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dra. Betânia de Moraes Alfonsin, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Betina Treiger Grupenmacher, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Bruno Gomes Borges da Fonseca, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, ES, Brasil / Dr. Bruno Camiloto Arantes, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Me. Caio Alexandre Capelari Anselmo, Ministério Público Federal, São Paulo, SP, Brasil / Me. Caio Gentil Ribeiro, Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Carla Reita Faria Leal, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Me. Carlos Alberto da Silva Moura Júnior, Tribunal de Justiça do Piauí, Teresina, PI, Brasil / Dr. Carlos Eduardo Silva e Souza, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Carlos Magno Spricigo Venerio, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. César Augusto Baldi, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Cachoeira do Sul, RS, Brasil / Dr. Cesar Rodrigues van der Laan, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Cláudio Araújo Reis, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Claudio Ferreira Pazini, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Cristiano Gomes de Brito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Cynthia Soares Carneiro, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Me. Daniel Bogéa, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Danilo Fontenele Sampaio Cunha, Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, CE, Brasil / Me. Devaniildo Braz da Silva, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Edinilson Donisete Machado, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Eugênio Facchini Neto, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Me. Fabiano da Silva Pereira, Universidade da Amazônia, Belém, PA, Brasil / Dr. Federico Nunes de Matos, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Fernando Boarato Meneguim, Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dr. Fernando Gaburri de Souza Lima, Universidade Estadual do Rio Grande do Norte, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Fernando Laércio Alves da Silva, Universidade Federal de Viçosa, Viçosa, MG, Brasil / Dr. Francisco Lisboa Rodrigues, Faculdade Terra Nordeste, Caucaia, CE, Brasil / Dr. Guilherme Scodeler de Souza Barreiro, Centro Universitário de Lavras, Lavras, MG, Brasil / Dr. Gustavo Costa Nassif, Instituto de Defesa da Cidadania e da Transparência, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Gustavo Saad Diniz, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Gustavo Schneider Fossati, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Me. Gustavo Silva Calçado, Universidade Tiradentes, Aracaju, SE, Brasil / Dr. Henrique Fernando de Mello, Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, São José do Rio Preto, SP, Brasil / Dr. Jahyr-Philippe Bichara, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Jair Aparecido Cardoso, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Jefferson Aparecido Dias, Procuradoria da República de São Paulo, Marília, SP, Brasil / Me. João Paulo Medeiros de Araújo, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil / Dr. José Carlos Evangelista Araújo, Faculdades de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Dr. Jose Emilio Medauar Ommati, Pontifícia Universidade Católica de

Minas Gerais, Serro, MG, Brasil / Dr. José Filomeno de Moraes Filho, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil / Dra. Josiane Rose Petry Veronese, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dra. Juliana Teixeira Esteves, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Ma. Larissa de Moura Guerra Almeida, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Ma. Layla Salles McClaskey, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Leila Giandoni Ollaik, Ministério da Economia, Brasília, DF, Brasil / Dra. Leila Maria da Juda Bijos, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Me. Leonardo Geliski, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Leonel Pires Ohlweiler, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Ma. Lorena Abbas, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Lucas Fucci Amato, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Luciano Athayde Chaves, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Luciano Moreira de Oliveira, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Luiz Eduardo Diniz Araújo, Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, Brasil / Dr. Luiz Felipe Monteiro Seixas, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Marcelo Casseb Continentino, Procuradoria-Geral do Estado de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Marcelo Dias Varella, UniCEUB, Brasília, DF, Brasil / Dr. Marcelo Leonardo Tavares, Justiça Federal, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Marcelo Schenk Duque, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Marciano Seabra de Godoi, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Marcio Camargo Cunha Filho, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dr. Marcio Ricardo Staffen, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Dr. Marcos Roberto de Lima Aguirre, Verbo Jurídico, Porto Alegre, RS, Brasil / Ma. Maria Angélica dos Santos, Universidade Salgado de Oliveira, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Maria Inês Caetano Ferreira, Universidade Federal do Recôncavo da Bahia, Cachoeira, BA, Brasil / Me. Maurício Buosi Lemes, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, SP, Brasil / Me. Maurício Sullivan Balne Guedes, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Maurinice Evaristo Wenceslau, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Mauro Fonseca Andrade, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Me. Maximiliano Vieira Franco de Godoy, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dra. Micheli Pereira de Melo, Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Marabá, PA, Brasil / Dra. Monica Paraguassu Correia da Silva, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Neuro José Zambam, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. Nilson Tadeu Reis Campos Silva, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dra. Nina Trícia Disconzi Rodrigues, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil / Dr. Onofre Alves Batista Júnior, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Oriane Dantas de Medeiros, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Caicó, RN, Brasil / Dr. Pablo Georges Cícero Fraga Leurquin, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil / Dra. Patricia Silva de Almeida, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Santa Salete, SP, Brasil / Dr. Paul Hugo Weberbauer, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Paulo César Pinto de Oliveira, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Ma. Priscilla Cardoso Rodrigues, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal / Me. Rafael Borges de Souza Bias, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Rafael Reis Ferreira, Universidade Federal de Roraima, Boa Vista, RR, Brasil / Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral, Universidade Federal Rural do Semi-Árido, Mossoró, RN, Brasil / Dr. Raoni Macedo Bielschowsky, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Raphael Peixoto de Paula Marques, Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, Brasil / Dra. Regina Stela Corrêa Vieira, Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, SC, Brasil / Dr. Ricardo Victor Ferreira Bastos, UniCEUB, Brasília, DF, Brasil / Dra. Roberta Simões Nascimento, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Roberto Gomes de Albuquerque Melo Júnior, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Rodrigo da Silva Brandalise, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal / Dr. Rodrigo Leite Ferreira Cabral, Ministério Público do Estado do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Rosalice Fidalgo Pinheiro, Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Rubens Beçak, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Rubens Valteices Alves, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Stanley Plácido da Rosa Silva, Instituto Legislativo Paulista, São Paulo, SP, Brasil / Ma. Suzana Maria Fernandes Mendonça, Grace Mendonça Advogados, Brasília, DF, Brasil / Dra. Tarsila Ribeiro Marques Fernandes, Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, Brasil / Dr. Tarsis Barreto Oliveira, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Thales Torres Quintão, Instituto Guaicuy, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Túlio Chaves Novaes, Universidade Federal do Oeste do Pará, Santarém, PA, Brasil / Dr. Valtor Rodrigues de Carvalho, Universidade Cruzeiro do Sul, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Vânia Siciliano Aieta, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Vicente de Paula Ataíde Junior, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Victor Carvalho Pinto, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Vinicius de Lara Ribas, Câmara dos Deputados, Brasília, DF, Brasil / Ma. Vivian Maria Caxambu Graminho, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Vinicius Pinheiro Marques, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Wagner Artur de Oliveira Cabral, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Wagner Silveira Feloniuk, Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, RS, Brasil / Dr. Walter Claudius Rothenburg, Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, Brasil / Dr. Walter Guandalini Junior, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. William Soares Pugliese, Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil / Me. Wilson Coimbra Lemke, Faculdade Pio XII, Cariacica, ES, Brasil

AUTORES

Alan Ibn Chahrur é doutor em Filosofia (Teoria Geral do Direito e do Estado) pela Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, Brasil; professor do Programa de Ensino Integral da Secretaria de Educação do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; advogado especialista em Direito Civil. / Arthur Cristóvão Prado é mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD-USP), São Paulo, SP, Brasil; doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito na FD-USP, São Paulo, SP, Brasil; pesquisador-visitante na University of Toronto, Toronto, Canadá; advogado da União. / Brenno Gimenes Cesca é doutor e mestre em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professor e juiz formador da Escola Paulista da Magistratura e da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, São Paulo, SP, Brasil; juiz de Direito. / Fabio Luiz de Oliveira Bezerra é doutor em Direito pela Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; mestre em Administração pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, PE, Brasil; bacharel em Direito pela UFPE, Recife, PE, Brasil; professor adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil; juiz federal, Natal, RN, Brasil. / Guilherme Marques Veroneze é mestre em Poder Legislativo pelo Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, Brasil; bacharel em Administração pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; analista legislativo do Senado Federal, Brasília, DF, Brasil. / Lelio Maximino Lellis é doutor e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, SP, Brasil; doutor em Língua Portuguesa pela PUC-SP, São Paulo, SP, Brasil; pós-doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; *visiting scholar* na Columbia University School of Law, Nova Iorque, EUA; professor do curso de graduação em Direito do Centro Universitário Adventista de São Paulo, Engenheiro Coelho, SP, Brasil. / Luana Paixão Dantas do Rosário é doutora em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil; pós-doutora pelo Centro de Estudos Sociais na Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; professora-adjunta de Direito Constitucional e Direitos Humanos na Universidade Estadual de Santa Cruz, Ilhéus, BA, Brasil; pesquisadora do grupo de pesquisa “O Direito achado na rua”, da Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil. / Luciano Rosa Vicente é mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (Uniceub), Brasília, DF, Brasil; doutorando em Direito no Uniceub, Brasília, DF, Brasil; especialista em Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Penal, Direito Administrativo Disciplinar e Direito Público. / Pedro de Oliveira Alves é doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, PE, Brasil; professor de Direito Constitucional e Teoria do Estado na UFPE (2021-2023), Recife, PE, Brasil; professor de Teoria do Direito e Hermenêutica Jurídica na Uninassau, Recife, PE, Brasil; coordenador adjunto do Observatório de Justiça Constitucional da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil; advogado, membro da Comissão de Estudos Constitucionais e Cidadania da OAB/PE. / Rodrigo Ribeiro Bedritchuk é mestre em Ciência Política pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; especialista em Ciência Política pelo Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil; bacharel em Economia pela UnB e em Direito pelo Uniceub, Brasília, DF, Brasil; analista legislativo do Senado Federal, Brasília, DF, Brasil. / Sandro Lúcio Dezan é doutor em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (Uniceub), Brasília, DF, Brasil; doutor em Ciências Jurídicas Públicas pela Escola de Direito da Universidade do Minho (UMinho), Braga, Portugal; doutor e mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, ES, Brasil; professor titular de Direito Administrativo dos programas de mestrado e doutorado em Direito do Uniceub, Brasília, DF, Brasil; investigador integrado do Centro de Investigação da Escola de Direito da UMinho, Braga, Portugal. / Saulo de Tarso Fernandes Dias é mestre em Filosofia pela Faculdade Jesuíta de Filosofia e Teologia, Belo Horizonte, MG, Brasil; doutorando em Direito na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor do Instituto de Desenvolvimento Tecnológico da Fundação Getúlio Vargas, Belo Horizonte, MG, Brasil; oficial do Exército brasileiro, Belo Horizonte, MG, Brasil.

Sumário

Artigos

- 11 **O Direito como técnica social específica**
Os pressupostos epistemológicos do positivismo normativista de Hans Kelsen
Alan Ibn Chahrur
- 39 **Por uma atuação eficaz do Estado contra o etarismo laboral**
Lelio Maximino Lellis
- 65 **A construção jurídico-dogmática do Direito Policial na Alemanha e no Brasil**
Esforços teóricos sobre prevenção do perigo no século XXI
Pedro de Oliveira Alves
- 91 **Casa carimbadora?**
A revisão das medidas provisórias pelo Senado Federal
Rodrigo Ribeiro Bedritichuk
Guilherme Marques Veroneze
- 115 **A força democrática das Supremas Cortes**
Luciano Rosa Vicente
Sandro Lúcio Dezan
- 137 **Princípios constitucionais estruturantes da implantação de**
modelos de gestão inovadora em unidades jurídicas
Fabio Luiz de Oliveira Bezerra
- 159 **Constitucionalismo de exceção, pós-democracia e o julgamento**
da reforma laboral pela Corte constitucional portuguesa
Luana Paixão Dantas do Rosário
- 189 **Dois conceitos de Ética e alguns de seus reflexos na Filosofia do Direito**
Saulo de Tarso Fernandes Dias
- 207 **Aspectos processuais penais da garantia da não autoincriminação**
nas Convenções Americana e Europeia de Direitos Humanos
Brenno Gimenes Cesca

Os conceitos emitidos em artigos de colaboração são de responsabilidade de seus autores.

Artigo em língua estrangeira

- 235 Inheritance, opportunity and liberty
Are hereditary wealth transfers legitimate under liberalism?
Arthur Cristóvão Prado

O Direito como técnica social específica

Os pressupostos epistemológicos do positivismo normativista de Hans Kelsen

ALAN IBN CHAHRUR

Resumo: O presente artigo pretende apresentar elementos em favor de uma releitura das obras de Hans Kelsen sob a óptica da epistemologia, de modo a destacar que todo o pensamento kelseniano poderia ser compreendido na forma de uma verdadeira *teoria do conhecimento da experiência jurídica*, em relação à qual tanto a teoria do Direito quanto a teoria política de Kelsen se apresentam como derivações consequentes. Ao analisar as condições de possibilidade da experiência humana num contexto juridicamente regulado, Kelsen recorre ao conceito do Direito como técnica social específica (ordem coativa da conduta humana) e como representação epistemológico-conceitual capaz de viabilizar a análise da experiência do Direito em sua universalidade. Por meio de uma reconstrução hermenêutica dos pressupostos históricos constitutivos do horizonte de compreensão do autor e conforme as referências da bibliografia primária e secundária, serão apontados os reflexos desse instrumental epistemológico no âmbito da teoria jurídica e política do autor.

Palavras-chave: representação; epistemologia; teoria; Direito; política.

Law as a specific social technique: the epistemological basis for Hans Kelsen's positivistic normativism

Abstract: This article intends to present theoretical references in favor of an approach of Hans Kelsen's scientific work from the perspective of an epistemological questioning in order to highlight that Kelsen's theoretical proposition as a whole could be better understood in the form of a complete *theory of legal cognition concerning the experience of law*, in face of which both the theory of law and Kelsen's political theory are presented as consequential derivations. When analyzing the conditions of the possibility of human experience in a legally regulated environment, Kelsen must

Recebido em 18/4/23
Aprovado em 3/8/23

resort to the concept of law as a specific social technique (coercitive order of human conduct) used as an epistemological representation capable of enabling the analysis of the experience of law in its universal manifestation. Through the hermeneutical methodology we intend to briefly reconstruct the historical and epistemological preconditions of Kelsen's comprehension of law, which determine his juridical and political theory.

Keywords: representation; epistemology; theory; Law; politics.

1 Introdução

Quando Hans Kelsen faleceu em 19 de abril de 1973, encerrava-se toda uma vida dedicada ao desenvolvimento da Filosofia e da teoria geral do Direito por quem já então era reconhecido, com justiça, como um dos mais destacados representantes do pensamento jurídico no século XX, de modo que não se pode seriamente contestar sua posição de “clássico” em escala global. Apesar de a única edição parcial do *corpus* kelseniano já publicada em língua alemã não abranger nem mesmo a metade da sua produção intelectual¹, o simples fato de que apenas os seus trabalhos referenciais² tenham merecido tradução em mais de vinte idiomas, com publicação em países dos cinco continentes, pode em si dar conta da dimensão com que se projetou a sua obra.

No entanto, o reconhecimento geral de sua influência talvez seja a única unanimidade que o nome de Kelsen alcançou, uma vez que esse reconhecimento decorre também da forte polarização consolidada em

¹No estudo introdutório da edição brasileira da autobiografia do autor, Jestaedt (2011, p. 5-7) esclarece que a única edição parcial das obras de Hans Kelsen em língua alemã, datada de 1968 e com cerca de 900 páginas de textos, abrange “bem menos de 10% da obra completa”. Por isso, a elaboração de uma edição histórico-crítica com o nome *Hans Kelsen Werke* (*Obras de Hans Kelsen*) encontra-se ainda em andamento, com a colaboração de teóricos de diversos países e o apoio do Instituto Hans Kelsen, uma fundação federal criada em 1972 pela República da Áustria, com a missão de documentar a repercussão da teoria pura do Direito naquele país e no exterior. O instituto reuniu o conjunto das publicações de Kelsen, sendo não apenas o detentor de seus direitos autorais como também o administrador do espólio ainda não publicado do autor. Por fim, a primeira edição dos trabalhos de Kelsen, à qual Jestaedt faz referência, é a coletânea *Wiener Rechtstheoretische Schule* (*Escola de Teoria do Direito de Viena*), que compreende mais de 2.400 páginas em dois volumes e foi editada por Hans Klecatsky, René Marcic e Herbert Schambeck, pela Europa Verlag (Viena, Frankfurt e Zurique) e pela editora Anton Pustet (Salzburgo e Munique).

²Quanto às “obras básicas” do autor, o repertório de traduções para o português já é bastante expressivo. Ver Kelsen (1986, 2000, 2001, 2003, 2005, 2006, 2007, 2008a, 2008b, 2009, 2011a, 2011c, 2013) e Kelsen e Campagnolo (2002).

torno de sua obra, a qual encontra na *Teoria Pura do Direito* (TPD) (*Reine Rechtslehre*), sua *magnum opus*, o núcleo de toda a discórdia. Por um lado, a associação imediata do autor com esse trabalho capital certamente é mais que justificada, muito embora o reducionismo sempre confortável de circunscrever as mais de seis décadas do esforço intelectual de Kelsen ao título único da TPD tenha contribuído para análises parciais e improdutivas, na medida em que permanecem dissociadas do restante da vasta produção do teórico, cujo pensamento abrange um amplo espectro de disciplinas relacionadas ao campo do Direito, como a Filosofia, a Sociologia e a Ciência Política.

De fato, no âmbito das humanidades em geral e do Direito em particular, não há como negar que o nome de Kelsen é sinônimo de rigorosa metodologia científica, a afamada “pureza” de sua teoria. Devido a ela, acreditou-se com frequência encontrar – injustamente, é certo – o entendimento de um jurista apolítico ou mesmo antipolítico, encastelado na fortaleza inexpugnável de seu “Direito puro” (JESTAEDT, 2011) – o que bem destaca o quanto o estratagema da difamação foi utilizado na tentativa de minimizar ou mesmo desconsiderar as agudas críticas do autor, sobretudo quando defendeu a autonomia do Direito em face dos interesses do discurso político. Em particular, a intencionalidade de muitos dos opositores de Kelsen transparece nas diversas caracterizações pouco elogiosas do teórico, que não escapou de ser descrito “como sumo sacerdote do ‘culto monoteísta do dever-ser’ (Alexander Hold-Ferneck), como ‘beato de um normativismo cego’ (Carl Schmitt) ou como protagonista de um ‘reducionismo formalista’ (Bernd Christian Funk)” (JESTAEDT, 2011, p. 3).

A leitura unilateral é bastante conhecida e suas conclusões não são novas. Em regra, Kelsen logo é rotulado como fundador e principal representante da TPD, que passa a ser compreendida de maneira tópica como a que possivelmente corresponde ao mais bem acabado modelo de uma teoria geral do Direito de caráter juspositivista, ancorado firmemente na representação constitutiva da norma fundamental, que pressupõe um sistema teórico análogo ao da Filosofia transcendental de Immanuel Kant (1724-1804). Uma apreciação acertada, de início, até o momento em que recorre ao tom crítico, ainda que não raramente velado, para atribuir à norma fundamental as qualidades de uma norma “imaginária”, “adversa ao sistema” e “não positiva”, como já se alertou em sistemático estudo³ sobre o pensamento do autor.

³Ver Dias (2010, p. 14). A obra é resultado da tese de doutoramento do autor junto à Faculdade de Direito e Ciência Política da Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität (Bonn, Alemanha). Trata-se, seguramente, de um dos mais sistemáticos trabalhos sobre a obra de Hans Kelsen já publicado no Brasil.

Em razão desse contexto, mesmo no que concerne à teoria do Direito de matriz germânica, que lhe é mais próxima, a posição paradoxal do pensamento de Kelsen não perdeu atualidade, haja vista que ainda hoje o autor ganha espaço como citação obrigatória em praticamente todos os compêndios de introdução à ciência do Direito, ao mesmo tempo em que boa parte das análises se vale tão somente do viés estático e reducionista que pouco lhe faz justiça. Porém, paralelamente, a pormenorizada investigação histórico-crítica não deixou aos poucos de ganhar terreno, sobretudo devido ao trabalho empreendido pelo Instituto Hans Kelsen de Viena, que congrega o esforço internacional de numerosos especialistas a ele associados. Entre esses estudiosos, o pesquisador Gabriel Nogueira Dias, que já atuou como representante desse instituto no Brasil, elenca uma série de perguntas que permanecem sem resposta com base na abordagem tradicional, mas que podem e devem orientar as novas pesquisas inclinadas a redescobrir o pensamento de Hans Kelsen, segundo o processo dinâmico de suas múltiplas articulações. Em síntese, esta é a advertência do pesquisador:

Contudo, se não nos contentarmos com toda sorte de informações e rótulos, claramente superficiais, mas continuarmos a cavar mais profundamente e a indagar – por exemplo: 1) O que significa exatamente esse positivismo jurídico no qual se orienta a teoria geral do Direito desenvolvida por Kelsen?; 2) Terá Kelsen criado sua teoria geral do Direito sozinho, i.e., sem qualquer influência de outros autores?; 3) É possível aceitar a premissa de que Kelsen dispõe de uma Teoria Pura do Direito uniforme, ou melhor, inalterada de 1911 a 1973 (1979), i.e., do seu trabalho de docência intitulado “Problemas Fundamentais do Direito Público” (*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*) até sua Teoria Geral das Normas (*Allgemeine Theorie der Normen*)?; 4) Terá Kelsen sempre unido sua norma fundamental à teoria do conhecimento da Filosofia de Kant? Ou; 5) Pode-se realmente criticar de modo genérico e único uma teoria do Direito desenvolvida ao longo de mais de sessenta anos? – não encontraremos certamente respostas úteis. Colocado de outro modo: em regra, apresenta-se um Kelsen pronto, unidimensional ou mesmo monocromático. Muito raramente toma-se conhecimento da teoria pura do Direito de Kelsen com seus multifacetados contornos internos, com suas constantes e transformações (DIAS, 2010, p. 14-15).

O presente trabalho não poderia ter a pretensão de esclarecer todos esses questionamentos. Tampouco busca levar a efeito qualquer proposta de exorcizar ou beatificar a obra do teórico, duas leituras extremamente tendenciosas que merecem ser descartadas de pronto, na esteira do que propõe o pesquisador brasileiro. Com foco bem mais restrito, pretende-se enfrentar brevemente a indagação relativa ao suposto caráter uniforme da TPD, em vista da preocupação de Kelsen com os fundamentos

epistemológicos da ciência do Direito, bem como a declarada aproximação do autor com o pensamento crítico-transcendental de Kant. Nossa hipótese central de trabalho parte do princípio de que “antes” do grande jurista podemos encontrar em Kelsen também um dedicado e competente epistemólogo, que desenvolveu posições originais na esfera da teoria do conhecimento, em relação às quais os ditos avanços e retrocessos de sua teoria jurídica e política podem ser compreendidos como derivações consequentes, dada a tentativa constante e nunca abandonada de concretizar aquele peculiar projeto epistemológico pressuposto de início.

A rigor, o projeto juspositivista de Kelsen é antes de tudo um projeto de epistemologia jurídica, ou seja, um projeto de *teoria do conhecimento do Direito*; essa constatação é premissa fundamental para a qual nunca será demais atentar, em especial diante das maiores polêmicas que envolvem o nome do autor. Mais que tudo, trata-se de notar que a princípio Kelsen não põe em dúvida a natureza do Direito como objeto passível de cognição, simplesmente porque assume essa possibilidade⁴. Isso se traduz na orientação metodológica de que, se temos em alguma medida o conhecimento da realidade como contexto juridicamente regulado – no interior do qual se podem identificar certos mandamentos como válidos ou inválidos e as proposições que os descrevem, respectivamente, como verdadeiras ou falsas –, resta então investigar *como isso é possível*⁵. Por conseguinte, há que se distinguir o objeto (o Direito) do conhecimento desse objeto (a ciência do Direito), cabendo ao segundo não avaliar ou julgar o primeiro, mas antes explicitar sob que condições o conhecimento desse objeto é possível.

A dificuldade recorrente na abordagem desse postulado metodológico fundamental pode ser tributada, até certo ponto, ao estilo⁶ do próprio

⁴O pressuposto é explícito na própria TPD: “Com a sua teoria da norma fundamental a Teoria Pura do Direito de forma alguma inaugura um novo método de conhecimento jurídico. Ela apenas consciencializa aquilo que todos os juristas fazem – quase sempre inconscientemente – quando não concebem os eventos acima referidos como fatos causalmente determinados, mas pensam (interpretam) o seu sentido subjetivo como normas objetivamente válidas, como ordem jurídica normativa, sem reconduzirem a validade desta ordem normativa a uma norma superior de ordem metajurídica – quer dizer: a uma norma posta por uma autoridade jurídica –; quando concebem o direito exclusivamente como direito positivo. A teoria da norma fundamental é somente o resultado de uma análise do processo que o conhecimento jurídico positivista desde sempre tem utilizado” (KELSEN, 2006, p. 228).

⁵Como veremos, nessa busca pelos pressupostos de um conhecimento possível ou ao menos já suposto como tal, fundamenta-se a analogia com o projeto kantiano: “Assim como Kant pergunta: como é possível uma interpretação alheia a toda a metafísica, dos fatos dados aos nossos sentidos nas leis naturais formuladas pela ciência da natureza, a Teoria Pura do Direito pergunta: como é possível uma interpretação, não reconduzível a autoridades metajurídicas, como Deus ou a natureza, do sentido subjetivo de certos fatos como sistema de normas jurídicas objetivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas?” (KELSEN, 2006, p. 225).

⁶As dificuldades do texto kelseniano são notórias. Stanley Paulson, autor da tradução americana da primeira edição da TPD, anota em prefácio as dificuldades do trabalho,

autor, que – talvez preocupado com a precisão científica dos conceitos no interior do sistema teórico da TPD – simplesmente não era abundante e detalhista na exposição de suas exatas premissas constitutivas. As linhas gerais do método, contudo, estão presentes a todo tempo, muito embora expressas de forma indireta e, quando não, apenas nos prefácios das obras de Kelsen. Adicionalmente (DIAS, 2010, p. 130-131), as teses fundantes de seu projeto juspositivista podem ser deduzidas da crítica do teórico às outras orientações tradicionais da ciência do Direito, como a pugnada pelos defensores do Direito natural.

Todavia, relativamente ao enquadramento da teoria geral do Direito nos moldes de uma teoria do conhecimento jurídico, não há como negar que Kelsen expôs com clareza pouco habitual esse princípio estruturante do método. Mesmo na apresentação à segunda edição de sua primeira grande obra, a tese de habilitação intitulada *Problemas capitales de la Teoría Jurídica del Estado* (PCTJE)⁷ (*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*), publicada em 1911 e reeditada em 1923, o autor aduz que a teoria do Direito deve ocupar-se tão somente do Direito positivo, primordialmente porque a objetividade do Direito posto é condição para qualquer conhecimento científico da experiência jurídica. Mais que qualquer outra, esta era sua grande preocupação:

La finalidad que en esta obra perseguimos y que, de entonces acá, informa también los demás trabajos de investigación emprendidos por nosotros, es la de llegar a una *teoría pura del derecho* como *teoría del derecho positivo*. Ya en esta primera obra nuestra nos esforzamos por asegurar la pureza de la teoría o – para decirlo en otros términos – la sustantividad del derecho en cuanto objeto de conocimiento científico, desde dos puntos de vista. De una parte, saliendo al paso de las pretensiones de la llamada consideración “sociológica”, la cual trata de captar el derecho como un fragmento de la realidad *natural*, con ayuda del método científico-causal. De otra parte, enfrentándonos con la *teoría del derecho natural*, que – ignorando el fundamento de las relaciones, que se da única y exclusivamente en el derecho positivo – trata de arrancar la teoría del derecho del campo de las normas jurídicas positivas para llevarla al terreno de los postulados ético-políticos. [...] Lo que primordialmente interesaba, en la obra que prologamos, era el dejar bien sentado *que el derecho se rige por leyes propias*, frente a la naturaleza o a cualquier realidad social determinada por los criterios de la naturaleza. [...] La preocupación primordial de esta obra nuestra, ahora reeditada, estriba evidentemente en dejar bien sentada la

principalmente devido ao que ele classifica como o “estilo parentético” de Kelsen, com o qual o autor busca descrever ou qualificar a mesma ideia por diversas vezes no curso de uma única proposição, quando não complementando ou sintetizando suas designações. Algo mais comum na estrutura gramatical do alemão, língua materna do teórico, mas de difícil reprodução em estruturas linguísticas distintas (PAULSON, 1992, p. vi).

⁷ As citações remetem à edição em espanhol da obra, publicada pela Universidade Autónoma do México. Ver Kelsen (1987).

objetividad de la validez, sin la que no puede existir, ni la normatividad en general, ni en especial, la normatividad jurídica. Y, sin ley jurídica, no puede haber ni conocimiento del derecho ni ciencia del derecho. Por tanto: juicio objetivo, y no imperativo subjetivo (KELSEN, 1987, p. xxxix-xli, grifos do autor).

Refletindo depois sobre sua obra de juventude, não por acaso reconhece em sua autobiografia Kelsen (2011b, p. 25) que chegara à perspectiva decisiva para aquele primeiro trabalho por meio da ideia de que “a essência do Direito é ser norma e de que, portanto, toda teoria jurídica deve ser uma teoria das normas, uma teoria das proposições normativas, uma teoria do Direito objetivo”. Afinal, somente depois de assumir que qualquer conhecimento sistemático do Direito, em essência, deve depender das determinações do Direito objetivo, a ciência jurídica poderia enfim libertar-se de seus dualismos insustentáveis⁸, tais como a oposição entre Direito objetivo e subjetivo ou a separação entre Direito público e privado. Por isso também prepondera em Kelsen uma metodologia monista, isto é, um procedimento de depuração capaz de possibilitar um entendimento sistemático em que todas as dualidades do pensamento jurídico possam ser reconduzidas aos seus fundamentos objetivos, a ponto de se tornarem diferenças intrassistemáticas no plano teórico do conhecimento científico do Direito.

Esse ideal de cientificidade não só permanece mas intensifica-se com os delineamentos iniciais da TPD, cujo prefácio à primeira edição reproduz a mesma orientação epistemológica, desvelando o quanto Kelsen assume como questão primeira o conhecimento do Direito posto sem confundi-lo sob nenhum aspecto com o problema diverso atinente à formação desse mesmo Direito:

Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto. Logo desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava

⁸ O exemplo de Kelsen, na mesma oportunidade da autobiografia (KELSEN, 2011b, p. 25), remete às dificuldades que o autor encontra na delimitação conceitual de “vontade do Estado”, que tradicionalmente fundamenta a oposição entre Direito público e privado. Porém, essa “vontade” do poder público não poderia ser uma entidade real e, portanto, objetiva como a vontade dos indivíduos, muito embora esta mesma “vontade” seja invocada por vezes como base daqueles direitos e prerrogativas, estes sim objetivos, que se atribuem às autoridades políticas. Diante desse tipo de impropriedade, Kelsen conclui que a “vontade do Estado”, deve ser compreendida apenas como “expressão antropomórfica” da ordem jurídica, o que equivale unicamente a uma tentativa canhestra de “personalização” das determinações do Direito objetivo.

explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os resultados do ideal de toda ciência: objetividade e exatidão (KELSEN, 2006, p. xi).

Por fim, como se não bastasse, no próprio capítulo de abertura da TPD, Kelsen (2006) busca logo de início enfatizar esse “princípio metodológico fundamental”, conforme um excerto que não parece deixar dúvidas acerca da intenção do autor, pois a ciência do Direito como tal não poderia sustentar outra aspiração que não a pretensão “única e exclusiva” de conhecer o seu objeto. Nesses termos, Kelsen pavimenta definitivamente o caminho para a consolidação de uma teoria da cognição do Direito objetivo, tendente a explicitar a origem e os fundamentos do conhecimento jurídico-positivo:

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação. Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito. Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir desse conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental (KELSEN, 2006, p. 1).

Logo, o viés epistemológico sobreleva os demais, considerando que desde sempre o problema de Kelsen é o problema da forma do conhecimento e não do seu conteúdo, o problema da metodologia científica, e não do objeto da pesquisa. Deixar de compreender esse aspecto metodológico – o problema da sistematização do conhecimento de um objeto dado – implica desconhecer o que a proposta kelseniana tem de mais essencial. A fragilidade teórica de muitas críticas acaba exposta quando, intencionalmente ou não, elas buscam distorcer sem pudor o postulado formal da “pureza metodológica” concebida por Kelsen, até convertê-lo no suposto fundamento material de um Direito com qualquer sorte de “conteúdo puro”, que o teórico por certo seria um dos primeiros a renegar⁹.

⁹Dias (2010, p. 156) lembra as fortes palavras de Kelsen em resposta direta ao professor Julius Stone (1907-1985), vinculado à “escola sociológica” de Roscoe Pound (1870-1964),

Em suma, critica-se a TPD atribuindo-lhe a exigência de um “Direito ideal” que a teoria de Kelsen nunca se propôs realizar.

Contra isso, como se convencionou advertir¹⁰, vale atentar para o fato de que Kelsen desenvolve uma “teoria pura do Direito” e não uma “teoria do Direito puro”. Como sistema voltado para a descrição de parcela da nossa percepção do real, a ciência do Direito somente pode almejar “não uma pureza do Direito, mas uma pureza do método, ou seja, uma pureza do conhecimento do Direito” (DIAS, 2010, p. 156). Do que decorre, como corolário, que jamais “Kelsen postulou um ‘Direito puro’, mas sempre e apenas uma teoria pura do Direito!” (DIAS, 2010, p. 156). Até mesmo porque – como não poderia deixar de saber um autor de origem judaica¹¹, vitimado pela perseguição implacável do nacional-socialismo alemão na década de 1930, a ponto de perder a cátedra que então ocupava na Universidade de Colônia – o Direito constitui, sem sombra de dúvida, o campo da disputa política e da afirmação dos valores.

2 A pureza metodológica e o Direito como técnica social específica

A questão que se coloca para Kelsen, quando em face do conflito de interesses sócio-políticos, diz respeito muito mais ao papel da ciência jurídica nesse jogo de forças. E, se de fato merece a posição de uma ciência independente, consoante à racionalidade análoga das ciências naturais, a jurisprudência deve restringir-se ao que constitui o objeto próprio de sua investigação: o Direito objetivo sobre o qual se funda a experiência jurídica, irredutível em sua especificidade aos problemas

conforme artigo publicado na prestigiosa *Stanford Law Review*: “The law is not ‘pure’, only the theory of law can be ‘pure’. [...] I have never and nowhere defended the nonsense [...] that the legislative process is ‘one not involving references to the realm of existential facts and values’ which means that the legislator has to consider facts to which the norms which he creates refer and the values which he wants to constitute by these norms; not that ‘the method of law finding’ in which ‘the fact-finding process’ has no part, is ‘pure’ [...]. For the postulate of purity does not refer to the process of law-creation and law-application but [...] to the theory, that is, to the cognition of law” (KELSEN, 1965, p. 1.150-1.154).

¹⁰ Em obra coletiva dedicada ao pensamento de Hans Kelsen, o professor Adrian Sgarbi também faz uma de suas advertências iniciais, especialmente dirigida aos estudantes, com o intuito de alertá-los em seu primeiro contato com a obra do autor: “[p]or essa razão, merece destaque, como segundo ponto básico, que a qualificadora ‘pura’ refere-se à ‘doutrina’, e não ao ‘direito’” (SGARBI, 2013, p. 4).

¹¹ Conquanto nascido em Praga, Kelsen não poderia tecnicamente ostentar a nacionalidade tcheca, pois a capital do então Reino da Boêmia era naquele momento parte integrante do Império Austro-Húngaro. Oficialmente, portanto, Kelsen carregou sua origem religiosa em seus primeiros documentos, com a qualificação de “súdito de Sua Majestade Imperial e Real de fé mosaica” – desde 1782 havia na Áustria um “edito de tolerância” (*Toleranzpatent*) relativo aos adeptos da religião judaica, muito embora os imperadores austríacos prestigassem os católicos e estimulassem a conversão dos judeus à religião oficial do Estado (RODRIGUES; TOFFOLI, 2011, p. xx-xxi).

relacionados à conveniência do interesse público ou mesmo à avaliação moral e ética das condutas humanas, campos privilegiados de pesquisa da Ciência Política e da Filosofia, respectivamente. Nesse quadro, não cabe à ciência do Direito imiscuir-se na investigação de outras esferas do conhecimento, devendo ela atuar nos limites de um campo de trabalho próprio, articulado essencialmente à luz do propósito de identificar e descrever as normas que compõem o ordenamento jurídico, sob o qual se organiza a sociedade política. Portanto, trata-se de investigar as estruturas gerais da racionalidade por meio da qual o Direito de fato é positivado em cada qual dos múltiplos ambientes históricos e sociais, e não como ele porventura deveria sê-lo, no sentido de eventualmente atender “melhor” aos anseios políticos e morais.

Sempre que se permitiu seguir nesta última linha de indagação, contra a qual se insurge a TPD (KELSEN, 2006, p. xi), a ciência do Direito apenas logrou perder-se em “raciocínios de política jurídica”, afastados por completo do horizonte de objetividade e exatidão que Kelsen herdou da Viena de Moritz Schlick¹². Conquanto, no limite, não imponha necessariamente a negação de qualquer proximidade entre o Direito e a política, como se poderia equivocadamente supor, o rigor científico implica a compreensão de que o jurídico e o político constituem fenômenos autônomos, de estreita

relação por certo, ainda que irredutíveis em seus fundamentos metodológicos a uma unidade comum¹³. Essa orientação metodológica, como registrou o teórico, levanta-se muito mais contra o “sincretismo entre uma visão jurídica voltada para as normas jurídicas e seu conteúdo e uma visão sociológica ou psicológica que abrangia o comportamento efetivo das pessoas e seu fim *jusnatural*” (KELSEN, 2011b, p. 25).

A defesa intransigente da necessária depuração da ciência jurídica, com o conseqüente afastamento da ingerência dos interesses de cunho político e de ordem moral no processo de conhecimento do Direito posto – que não se confunde com o processo de formação desse mesmo Direito, a respeito do qual vale lembrar que os referidos condicionantes têm então papel decisivo –, intensificou exponencialmente os ataques à TPD, cuja virulência Kelsen atribuiu à crítica dos interesses contrastantes que a TPD fez vir à luz, despidos de suas pretensas isenções:

A luta não se trava na verdade – como as aparências sugerem – pela posição da Jurisprudência dentro da ciência e pelas conseqüências que daí resultam, mas pela relação entre a ciência jurídica e a política, pela rigorosa separação entre uma e outra, pela renúncia ao enraizado costume de, em nome da ciência do Direito e, portanto, fazendo apelo a uma instância objetiva, advogar postulados políticos que apenas podem ter um caráter altamente subjetivo, mesmo

¹² Em que pese sua formação científica inicial, tendo obtido inclusive a tese de doutoramento no campo da Física teórica, o nome de Moritz Schlick (1882-1936) permaneceu ligado à Filosofia, disciplina na qual se habilitou em 1910, com a monografia *A essência da verdade na Lógica moderna*. Foi alçado à posição de referência maior do Círculo de Viena, ligado ao movimento do chamado *empirismo* ou *positivismo lógico*, chegando a ser nomeado para a cátedra de Filosofia das Ciências Indutivas na universidade local, posto anteriormente ocupado por teóricos como Ernst Mach e Ludwig Boltzmann. Sua monografia mais influente, intitulada *Espaço e tempo na Física contemporânea*, aborda especificamente os impactos filosóficos da Teoria da Relatividade de Einstein, o qual endossou com entusiasmo o trabalho, que logrou quatro edições entre 1917 e 1922 (SCHLICK, 2005).

¹³ A “pureza” da teoria traduz-se na libertação do sincretismo metodológico, isto é, na superação da confusão decorrente do uso de um mesmo método para a investigação de distintos objetos de estudos. O que não significa, para Kelsen, negar as possíveis relações entre o conhecimento jurídico e as demais disciplinas científicas do campo das humanidades. Trata-se tão somente de identificar os limites de cada um. Por isso, o autor defende que, “[q]uando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas [sociologia, ética e teoria política], fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto” (KELSEN, 2006, p. 1-2).

que surjam, com a melhor das boas fés, como ideal de uma religião, de uma nação ou de uma classe (KELSEN, 2006, p. xii).

Ademais, o incômodo de uma articulação metodológica dessa ordem, inclinada a denunciar todas as aspirações ideológicas travestidas de orientações objetivas, advém num segundo momento da conseqüente reconfiguração que a TPD engendra quanto à posição profissional do jurista – porquanto, não sem ser contrariado, o praticante do Direito poderia renunciar à condição privilegiada de “fazer crer aos outros que possui, com sua ciência, a resposta à questão de saber como devem ser ‘corretamente’ resolvidos os conflitos de interesse” (KELSEN, 2006, p. xiii). Pelo contrário, ao assumir a condição de cientista social nos termos expostos, o jurista na verdade vê-se obrigado a reconhecer que não detém maior competência no jogo de interesses políticos do que qualquer outro técnico da sociedade, a quem no caso a capacidade de analisar as estruturas gerais fundantes da racionalidade jurídica não garante qualquer prerrogativa necessária diante do poder.

Por sua vez, a natureza eminentemente instrumental da chamada *ciência técnico-jurídica* decorre da constatação de que o Direito em si, na dinâmica de suas infinitas configurações espaço-temporais ao longo da história, tão somente emerge como fenômeno universal, objetivo e sistematizável, na medida em que passa a ser compreendido como *técnica social específica*¹⁴, pautada por lógica própria, que visa ao atendimento de determinados interesses sociais previamente estabelecidos. Toda organização sociopolítica pressupõe certas finalidades, expressas na exigência de determinadas condutas sociais dos indivíduos, de modo que, com base nessa perspectiva geral, o Direito somente pode ser concebido em sua generalidade como uma

técnica social apta a induzir o cumprimento ou a abstenção de determinadas condutas, mediante a imposição de normas específicas alinhadas aos ditos interesses do grupamento social.

O conceito do Direito como conjunto de normas ou ordem coercitiva fornecerá, assim, o tipo ideal da “forma imanente”, a estrutura universal e objetiva fundante da racionalidade propriamente jurídica que Kelsen pressupõe como condição de possibilidade da ciência do Direito como teoria geral da experiência jurídica. Isso apenas reitera a preocupação epistemológica do teórico, evidenciada aqui na atenção com que analisa o processo de formação das linhas gerais do conceito do Direito como um todo, suposto como representação teórica com esteio na qual se tornaria possível unificar sob uma designação comum as mais diversas experiências históricas do fenômeno jurídico.

Kelsen consolidou sua posição acerca do tema no tratado sobre a Teoria Geral do Direito e do Estado (TGDE) (*General Theory of Law and State*), conforme a versão reeditada em 1945, na qual o teórico desenvolve a questão com detalhamento maior até mesmo que na TPD, porque esta, se não abdica do conceito de Direito como ordem coercitiva, parece deixar de associá-lo diretamente à ideia da técnica, como antes. Todavia, a referência daquela outra obra do autor, que já contém as influências da interlocução de Kelsen com a tradição norte-americana, é bastante direta:

Se as ordens sociais, tão extraordinariamente diferentes em seus teores, que prevaleceram em diferentes épocas e entre diferentes povos, são chamadas ordens jurídicas, poder-se-ia supor que está sendo usada uma expressão quase que destituída de significado. O que o chamado Direito dos babilônios antigos poderia ter em comum com o Direito vigente hoje nos Estados Unidos? O que a ordem social de uma tribo negra sob a liderança de

¹⁴Sobre o tema, ver Kelsen (2001, p. 225-250).

um chefe despótico – uma ordem igualmente chamada “Direito” – poderia ter em comum com a constituição da república suíça? No entanto, há um elemento comum que justifica plenamente essa terminologia e que dá condições à palavra “Direito” de surgir como expressão de um conceito com um significado muito importante em termos sociais. Isso porque a palavra se refere à técnica social específica de uma ordem coercitiva, a qual, apesar das enormes diferenças entre o Direito da antiga Babilônia e o dos Estados Unidos de hoje, entre o Direito dos ashanti na África Ocidental e o dos suíços na Europa, é, contudo, essencialmente a mesma para todos esses povos que tanto diferem em tempo, lugar e cultura: a técnica social que consiste em obter a conduta socialmente desejada dos homens através da ameaça de uma medida de coerção a ser aplicada em caso de conduta contrária (KELSEN, 2005, p. 27-28).

Na qualidade de conhecimento técnico consubstanciado na descrição da racionalidade estruturante dos grupos sociais, a ciência jurídica deve então reconhecer o seu objeto, o Direito, como representação conceitual de natureza normativa (análoga às da religião e da moral, por exemplo), embora as normas sociais descritas pela reflexão teológica e pelo pensamento ético atuem na esfera da motivação do comportamento humano mediante técnicas próprias e distintas¹⁵, que não se confundem com a lógica

¹⁵ Trata-se da imposição daquilo que Kelsen descreve como *sanções transcendentais* ou *socialmente imanentes*, conforme a designação da TPD, sendo que o Direito e a Moral se distinguem como espécies deste último gênero: “As sanções estabelecidas numa ordem social têm ora um caráter transcendente, ora um caráter socialmente imanente. Sanções transcendentais são aquelas que, segundo a crença das pessoas submetidas ao ordenamento, provêm de uma instância supra-humana [religião]. [...] Completamente distintas das transcendentais são aquelas que não só se realizam no aquém, dentro da sociedade, mas também são executadas por homens, membros da sociedade, e que, por isso, podem ser designadas como sanções socialmente imanentes. Tais sanções podem consistir na simples aprovação ou desaprovção, expressa de qualquer maneira, por parte dos nossos semelhantes [moral], ou em atos específicos, determinados mais rigorosamente pelo ordenamento social, o qual também designa os indivíduos por quem esses atos são realizados ou

característica da ordem jurídica, com a qual se busca provocar o comportamento almejado em razão do estabelecimento de medidas coercitivas a serem aplicadas como sanção na hipótese da conduta desviante. Que a finalidade ou as condutas objetivadas pela religião, a moral e o Direito possam coincidir, trata-se de ocorrência possível e até provável, o que demonstra apenas o quanto qualquer elemento distintivo no caso deve residir no meio ou na forma como cada um dos diferentes sistemas de ordenação social pretende regular a conduta dos indivíduos.

Na coletânea de artigos sobre as teorias da justiça publicada alguns anos mais tarde (KELSEN, 2001, p. 225-250), a especificidade do caráter instrumental do conhecimento jurídico em relação aos mandamentos da moral e da religião ganha evidência, com destaque para a natureza das medidas coercitivas impostas pela ordem jurídica como elemento diferencial, que fundamenta então a objetividade da cognição técnico-jurídica:

Embora reconhecendo o Direito como a técnica social específica da ordem coercitiva, podemos compará-lo com outras ordens sociais que, em parte, perseguem os mesmos objetivos que o Direito, mas por meios diversos. O Direito é um meio social específico, não um fim. O Direito, a moralidade, e a religião – todos os três proibem o assassinato. Mas o Direito faz isso provendo que: se um homem comete assassinato, outro homem, designado pela ordem jurídica, aplicará contra o assassino certa medida de coerção prescrita pela ordem jurídica. A moralidade limita-se a exigir: não matarás. E, se um assassino é moralmente repudiado por seus semelhantes – e muitas pessoas abstêm-se do assassinato não tanto porque querem evitar a punição da lei, mas porque querem evitar a reprovação moral de seus semelhantes –, permanece a grande distinção de que a reação

postos num processo pelo mesmo ordenamento regulado [direito]” (KELSEN, 2006, p. 30-31).

do Direito consiste, em certa medida, na coerção que é sancionada pela ordem socialmente organizada, ao passo que a reação moral contra a conduta imoral não é provida pela ordem moral nem é, se provida, socialmente organizada. Nesse aspecto as normas religiosas estão mais próximas das normas jurídicas do que as normas morais. Pois as normas religiosas ameaçam o assassino com o castigo de uma autoridade sobre-humana. Mas as sanções que as normas religiosas estabelecem têm um caráter transcendental; elas não são sanções socialmente organizadas, embora providas pela ordem religiosa. [...] A sanção socialmente organizada é um ato de coerção que uma pessoa determinada pela ordem dirige, de maneira determinada pela ordem, contra a pessoa responsável pela conduta contrária à ordem. [...] O indivíduo que executa a sanção atua como um agente da comunidade social. A sanção jurídica é, assim, interpretada como um ato da comunidade jurídica; a sanção transcendental – a doença ou morte do pecador – é um ato da autoridade sobre-humana dos ancestrais mortos, de Deus (KELSEN, 2001, p. 231).

Com isso, está posto o caminho para a perspectiva relativista, pois, com o intuito de atender ao seu princípio metodológico fundamental, voltado para os pressupostos de cognição da experiência jurídica em geral, o sistema teórico da TPD assume o compromisso epistemológico de descrever o Direito sempre como meio e nunca como fim. As finalidades ou os valores sociais são-lhe estranhos porque dizem respeito ao conteúdo do Direito, visto que desde o início o projeto juspositivista de Kelsen se orienta pela preocupação com as condições formais do conhecimento jurídico. Tudo porque, somente com base na representação puramente formal da ordem jurídica como ordem coercitiva – isto é, como sistema de normas que liga a determinados comportamentos certas sanções específicas – podemos enfim encontrar um elemento universal, e por isso objetivo, que possibilita a unificação das mais diversas experiências históricas do

fenômeno jurídico sob uma mesma designação comum: o conceito de *Direito*.

Qualquer tentativa de buscar nas finalidades ou nos valores sociais uma representação global do Direito estaria fadada ao fracasso, devido às contradições infundáveis entre os ideais de valor inerentes aos múltiplos contextos históricos e sociais¹⁶. Por outro lado, “[a] relação entre meio e fim coincide com a de causa e efeito e pode, portanto, ser comprovada com base na experimentação e, conseqüentemente, de modo científico-racional” (KELSEN, 2001, p. 9). Contudo, quando especialmente um comportamento humano passa a ser justificável como meio para um fim, torna-se inevitável perguntar se o fim também é justificável. E em tal caso, “[e]sse questionamento deverá conduzir à suposição de um fim último, maior, que é o problema efetivo da moral em geral e da justiça em particular” (KELSEN, 2001, p. 10).

Kelsen busca demonstrar que, na relação instrumental entre meio e fim, este sempre deve ser pressuposto como justificável ou desejável, o que implica a todo tempo uma justificativa condicionada que não exclui o seu oposto, uma vez que não sendo mais, por qualquer motivo, justificável ou desejável o fim, também deixa de ser o meio capaz de conduzir à sua efetivação. Logo, “[t]oda justificação é, de acordo com sua natureza, uma justificação como meio adequado; um fim último não é mais um meio para outro fim” (KELSEN, 2001, p. 11). O que significa que, por mais que a consciência humana exija a justificação absoluta da conduta dos indivíduos – ou seja, a justificação incondicionada da finalidade que deixaria de ser simples meio para outro fim –, o fato é que a razão humana não

¹⁶ Kelsen (2001, p. 1-27) explora diretamente a questão no artigo “O que é a Justiça?”, que abre a já citada coletânea de mesmo nome. Para um estudo mais exaustivo do tema, ver Kelsen (2009); para a mesma obra na edição brasileira, ver Kelsen (2011c).

detém por si condições de cumprir essa exigência. Em outras palavras, o absoluto em geral e os valores absolutos em particular “encontram-se além da razão humana, para a qual só é possível uma solução condicionada e, portanto, relativa ao problema da justiça como problema de justificação do comportamento humano” (KELSEN, 2001, p. 11).

Como aponta Dias (2010, p. 145), a diferenciação dessa perspectiva com a do ceticismo moral não só é possível como até mesmo obrigatória na obra de Kelsen, considerando que a autolimitação da razão jurídica ao nível do conhecimento instrumental, que identifica os meios específicos para fins já dados, não decorre da impossibilidade de qualquer conhecimento moral, mas sim da natureza sempre relativa e subjetiva desse conhecimento¹⁷. Desse modo, ao contrário da experiência jurídica – com base na qual se podem reconhecer os mais diversos contextos sociais como realidades propriamente de Direito, em vista do componente formal que identifica a todos como ordem coercitiva de sanções socialmente organizadas –, uma mesma percepção geral ou universal da moral seria por sua vez inviável, visto que pressupõe possíveis finalidades absolutas de justificação da ação¹⁸, a respeito das quais não nos é dada experiência concreta alguma.

Por isso, Kelsen “conclui que os diversos sistemas morais que são levados em conta pelas pessoas nada mais são que reflexo das concepções de mundo subjetivas divergentes” (DIAS, 2010, p. 147). O que prepara o terreno para a conclusão de que não é possível uma ciência da moral, ao menos não como conhecimento racional de ordem objetiva e sistemática, organizado de modo a reconduzir todas as nossas percepções morais a um mesmo conjunto estrutural de conceitos e representações gerais. A realidade dos valores – o fato de que eles existem – continua inconteste¹⁹,

¹⁷ Mais especificamente, anota o pesquisador brasileiro: “O ceticismo moral baseia-se na filosofia cética, segundo a qual – dito de forma drástica – sempre se fracassará em reconhecer algo como definitivo, de modo que sempre se chegará ao resultado de que um conhecimento moral não é possível. Ao contrário, o relativista moral não contesta a possibilidade de conhecimento dos valores, mas somente a concepção segundo a qual existe uma moral absoluta, isto é, um único ordenamento de valores, independente de povo, época, cultura, etc. e como tal passível de ser conhecido. Kelsen pertence incontestavelmente a esta última corrente moral-filosófica” (DIAS, 2010, p. 145).

¹⁸ Kelsen (2000, p. 23) conclui que “[s]e existe algo que a história do conhecimento humano nos pode ensinar é como têm sido vãos os esforços para encontrar, por meios racionais, uma norma absolutamente válida de comportamento justo, ou seja, uma norma que exclua a possibilidade de também considerar o comportamento contrário como justo. Se podemos aprender algo da experiência espiritual do passado é o fato de que a razão humana só consegue compreender valores relativos”.

¹⁹ Na TPD: “Uma teoria dos valores relativista não significa – como muitas vezes erroneamente se entende – que não haja qualquer valor e, especialmente, qualquer Justiça. Significa, sim, que não existe uma Justiça absoluta, mas apenas uma Justiça relativa, que os valores que nós construímos através dos nossos atos produtores de normas e pomos na base dos nossos juízos de valor não podem apresentar-se com a pretensão de excluir a possibilidade de valores opostos” (KELSEN, 2006, p. 76).

cabendo ao indivíduo, no entanto, escolher entre um ou outro valor com a plena ciência do caráter necessariamente relativo de sua escolha, uma vez demonstrada a impossibilidade da abstração de um ordenamento universal de valores morais.

Tão conhecida quanto distorcida, a famosa tese da “separação” entre o Direito e a Moral não se aplica assim à relação factual e concreta entre ambos, para de alguma maneira eventualmente negar legitimidade ou vigência a todo Direito “impregnado” de valores morais. A separação entre o Direito e a Moral realiza-se no *plano epistemológico*, na medida em que a TPD reconhece ser passível de sistematização racional o nosso conhecimento do Direito, por meio da recondução dessa experiência ao plano geral de categorias formais como aquela da norma coercitiva, ao passo que o mesmo tipo de enquadramento objetivo e universal se torna inviável quando em face da relatividade inerente às normas morais. Sobretna TPD, Kelsen abordou exaustivamente a questão, firmando com clareza seu posicionamento:

Quando uma teoria do Direito positivo se propõe distinguir Direito e Moral em geral e Direito e Justiça em particular, para os não confundir entre si, ela volta-se para a concepção tradicional, tida como indiscutível pela maioria dos juristas, que pressupõe que apenas existe uma única Moral válida – que é, portanto, absoluta – da qual resulta uma Justiça absoluta. A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de a Moral. Se pressupusermos somente valores morais relativos, então a exigência de que o Direito deve ser moral, isto é, justo, apenas pode significar que o Direito positivo deve corresponder a um determinado sistema Moral entre os vários sistemas morais possíveis. [...] A pretensão de distinguir Direito e Moral, Direito e Justiça, sob o pressuposto de uma teoria relativa dos valores, apenas significa que, quando uma ordem jurídica é valorada como moral ou imoral, justa ou injusta, isso traduz a relação entre a ordem jurídica e um dos vários sistemas de Moral, e não a relação entre aquela e “a” Moral. Desta forma, é enunciado um juízo de valor relativo e não um juízo de valor absoluto. Ora, isto significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente de sua concordância ou discordância com qualquer sistema Moral (KELSEN, 2006, p. 75-76).

Possivelmente muito do repúdio à perspectiva relativista consiste no fato de que a escolha entre valores relativos se converte em liberdade angustiante, em razão da qual o próprio indivíduo, e mais ninguém, se vê chamado a decidir entre um ou outro valor, entre o correto e o incorreto. Segundo Kelsen (apud DIAS, 2010, p. 148), essa seria a decisão mais árdua e extrema sem a abstrata metafísica do divino, essencialmente alheia a toda justificação racional – ou seja, sem a confiança da pura fé na onisciência

do deus que tudo decide e que, desse modo, não deixaria assim de aliviar em alguma medida a responsabilidade dos homens. Nesse sentido, a difícil aceitação da teoria relativista dos valores dar-se-ia não porque ela exige pouco dos seres humanos, mas, ao contrário, porque exige demais.

Como consequência natural, essa mesma perspectiva aplica-se obviamente à teoria da justiça, que o autor concebe por isso como um ideal irracional, não em tom depreciativo ou cético, mas segundo o entendimento estrito de algo que, do ponto de vista *epistemológico*, não pode ser compreendido pela via da razão. O que significa dizer que a justiça é fenômeno alheio a qualquer espécie de sistematização universal, por meio de categorias gerais pressupostas como fundamentos do conhecimento:

Isso significa que o juízo, por meio do qual algo é declarado como justo, nunca poderá ser emitido com a reivindicação de excluir a possibilidade de um juízo de valor contrário. Justiça absoluta é um ideal irracional. Do ponto de vista do conhecimento racional existem somente interesses humanos e, portanto, conflito de interesses. Para solucioná-los existem apenas dois caminhos: ou satisfazer um dos interesses à custa do outro, ou promover um compromisso entre ambos. Não é possível comprovar que somente uma, e não a outra solução, seja justa. Se se pressupõe a paz social como valor maior a solução do compromisso pode ser vista como justa. Mas também a justiça da paz é uma justiça relativa, não absoluta (KELSEN, 2001, p. 23).

O tema enseja, por fim, um breve apontamento sobre a influência dessa questão metodológica na teoria política de Kelsen²⁰. Seus escritos políticos remetem ao início da década

²⁰ Quanto aos trabalhos políticos do autor, com ênfase na crítica à teoria política fundada do materialismo histórico, ver Kelsen (1949, 1955). Quanto a outros trabalhos relacionados ao seu pensamento político, ver Kelsen (2000, 2003, 2007).

de 1920, quando o autor ainda se encontra na Áustria, na condição de professor da faculdade de Direito da Universidade de Viena, para a qual fora oficialmente nomeado em 1919, após um breve período de três anos e meio de atividade como assessor de gabinete do Ministério da Guerra do Império Austro-Húngaro. Desse período – ainda sob o forte impacto da Primeira Grande Guerra, e mais especificamente, do ano de 1920 – datam obras como *Socialismo y Estado: Una investigación sobre la teoría política del marxismo* (KELSEN, 1985) (*Sozialismus und Staat: Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus*), que marca a rica polêmica do autor com teóricos do austromarxismo sobre o tema das relações entre Direito, Estado e sociedade.

Um dos mais expressivos recursos conceituais que Kelsen mobiliza no curso dos debates é justamente a leitura instrumental da ciência jurídica como conhecimento técnico da relação de meios e fins, pensada com esteio na estrutura formal característica do conceito de ordem normativa. Kelsen volta-se, em particular, contra a tradicional interpretação causal da história, segundo a qual a sociedade comunista pretende colocar-se como consequência necessária do desenvolvimento econômico e social. Ainda mais diretamente, o autor busca rechaçar a conclusão de que, no atual estágio da evolução socioeconômica, a exploração exercida pela classe burguesa possa apresentar-se como *conteúdo essencial do Estado*. O conteúdo que deveria desaparecer “[t]ão logo o conflito de classes cessar, por meio da abolição da propriedade privada e da socialização dos meios de produção [...] e tão logo a sociedade sem classes for alcançada, o aparelho de coerção tornar-se-á supérfluo” (KELSEN, 2000, p. 236). No entanto, sob o viés da pureza metodológica que funda a epistemologia kelseniana, o argumento ampara-se em grave sincretismo de método, ao desconsiderar que

[e] dominio llamado Estado u ordenamiento jurídico, ese llamado aparato constrictivo, no está caracterizado por su fin social o – lo que es lo mismo – por su contenido. Se trata de una forma específica de la vida social con la que pueden ser perseguidos los fines más diversos. Seguramente el Estado moderno puede ser considerado como un medio para el fin del disfrute económico de una clase por parte de la otra. Pero sería incorrecto definir el disfrute económico o el mantenimiento de la oposición de clase como la esencia del Estado en general (KELSEN, 1985, p. 39).

Kelsen (1985, p. 23) direciona a crítica com precisão, ao asseverar “com toda energia” que sua análise em primeiro lugar “no se revuelve contra el socialismo. Yo me enfrento críticamente sólo con el marxismo y, también, con respecto a éste, sólo con su teoría política”. Não poderia ser diferente, considerando que, a despeito de qualquer filiação formal, sua notória proximidade com o partido social-democrata nunca foi negada²¹,

²¹ A esse respeito, uma passagem da sua autobiografia é demasiado eloquente quando o autor descreve o jogo de interesses políticos que culminaria com sua nomeação para a Faculdade de Direito da Universidade de Viena. O longo excerto merece ser reproduzido, pois oferece ademais um valioso *insight* sobre as posições pessoais do teórico: “Em 1919, Bernatzik morreu repentinamente de um ataque do coração, e a faculdade propôs meu nome, por sugestão do professor Menzel, o segundo catedrático de direito público e administrativo, em primeiro lugar como seu sucessor. A nomeação sucedeu logo depois. O secretário de Estado da Educação era então o social-democrata Glöckel. Minha nomeação veio de surpresa. Eu acreditava ter estragado as chances de que o social-democrata Glöckel se ativesse à proposta da faculdade. Pouco depois da apresentação da proposta, ocorreu uma assembleia dos professores da Universidade de Viena, que havia sido convocada para decidir a questão de se a universidade deveria participar como ‘empresa’ das eleições para o conselho de trabalhadores da cidade interna, onde se encontrava a sede da universidade. No estatuto das eleições, a filiação ao marxismo – ou outra fórmula semelhante – figurava como condição. Eu era decididamente contrário à participação na eleição. Porém, compareci à assembleia com a intenção oportunista de não tomar parte na discussão, para não piorar com tomada de posição desse tipo minhas perspectivas de ser nomeado. A organização dos conselhos de trabalhadores fora recomendada pelo partido social-democrata, e o Ministério da Educação estava, como foi dito, nas mãos do partido. Entre os que se pronunciaram na assembleia a favor da participação da universidade nas eleições do conselho de trabalhadores estava um colega que estava sendo seriamente considerado para a sucessão de Bernatzik. Até então ele não tinha se declarado abertamente marxista. Isso me deixou com a pulga atrás da orelha. Contrariamente à minha intenção original, tomei a palavra. Salientei que a constituição dos conselhos de trabalhadores era incompatível com o fundamento da liberdade científica; lembrei aos colegas que, há não muito tempo, a universidade havia concedido de maneira muito subserviente ao arquiduque Frederico o doutorado *honoris causa*, e que este ato era dificilmente conciliável com a adesão a uma organização marxista; e concluí que a Universidade de Viena não devia jogar-se aos pés de cada cruz que se erguesse diante dela. Creio que meu discurso contribuiu muito para que participação na eleição do conselho de trabalhadores fosse rejeitada. O fato de que o ministro da Educação social-democrata tivesse me nomeado apesar disso foi um sinal de grande objetividade, pois havia sido proposto em segundo lugar um professor que havia se filiado ao partido social-democrata, o que eu não fizera. Em primeiro lugar porque eu recusava a teoria política do marxismo (ditadura do proletariado – morte do Estado) – eu a submeti a uma crítica minuciosa no meu livro *Sozialismus und Staat* [*Socialismo e Estado*] – e, em segundo lugar porque eu era da opinião, e ainda sou hoje, de que um professor e pesquisador no campo das ciências sociais não deve se filiar a partido nenhum, pois a filiação a um partido prejudica a independência científica. Desde o início concordei sem reservas com o programa democrático do partido austríaco, que se apoiava fundamentalmente em bases marxistas, mas na prática não tinha nada a ver com as teorias do Estado anarquistas de Marx e Engels. A princípio, eu era contrário – na condição de individualista – ao seu programa econômico de nacionalização da economia.

bem como sua afinidade com teses caras ao pensamento socialista como um todo, o que apenas denuncia a fragilidade do expediente teórico²² que ainda hoje critica o pensamento do autor, em razão da suposta adesão irrestrita aos postulados do liberalismo político e econômico que muitos buscam atribuir-lhe, quando a realidade é que, no plano

Posteriormente, sobretudo sob o impacto dos abalos econômicos trazidos pela guerra, tornei-me mais e mais inclinado a reconhecer que o sistema do liberalismo econômico, tal como realizado nas circunstâncias dadas, não constituía garantia nenhuma para a segurança econômica da massa dos despossuídos, e que a segurança econômica – nas circunstâncias dadas – só podia ser alcançada por meio da economia planejada, o que significa em última instância a nacionalização da produção. Estava e estou plenamente consciente da dificuldade de conciliar a nacionalização da produção com a liberdade política do indivíduo, mas creio dever ser suficientemente objetivo para reconhecer que a segurança econômica para a grande massa é mais importante que qualquer outra coisa, e que eu não tenho o direito de ser politicamente ativo em prol da manutenção de um sistema econômico no qual eu mesmo e meus semelhantes estamos em situação confortável, e manifestar-me contra um sistema econômico que suponho ser do interesse da grande massa e ao qual, creio eu, pertence o futuro – quer queiramos nós, beneficiários da economia livre, quer não. Portanto, pessoalmente, tenho toda a simpatia por um partido socialista e ao mesmo tempo democrático, e nunca dissimulei essa simpatia. Porém, mais forte do que essa simpatia era e é minha necessidade de independência partidária na minha profissão. O que eu não concedo ao Estado – o direito de limitar a liberdade da pesquisa e da expressão do pensamento – eu não posso conceder a um partido político por meio da submissão voluntária à sua disciplina” (KELSEN, 2011b, p. 69-71).

²² Dias (2010, p. 156) reconhece que não raramente, e quase sempre de modo pejorativo, Kelsen é descrito como um pensador liberal. Em resumo, sua teoria geral do Direito, fundada na “redução” do conceito de Estado ao ordenamento jurídico objetivo “seria mero resultado do seu posicionamento ideológico, que visaria no fundo limitar o Estado a um papel mínimo” (DIAS, 2010, p. 157). Contudo, se esse argumento é correto, o discurso de Kelsen em favor da pureza da ciência do Direito, como conhecimento da experiência jurídica objetiva, parece enredar-se numa posição manifestamente contraditória. Contra isso, o professor brasileiro remete à advertência de Merkl sobre a importância eminentemente epistemológica da unidade entre Estado e Direito no pensamento de Kelsen, que “queria que seu sistema da Teoria Pura do Direito fosse compreendido em seus ‘Principais problemas da teoria do Direito público’ como expressão do neoliberalismo. Para fundamentar o sentido dessa afirmação, é preciso distinguir a visão pessoal do autor da expressão linguística científica dessa visão. O caráter liberal da TPD tem que ser reconhecido por meio de reivindicações liberais. É ‘liberal’ uma teoria do Estado ou do direito que diz ao Estado que ele não pode atingir ou deve tentar atingir determinados resultados sociais e que deve cumprir sua tarefa com determinados meios e instituições jurídicas. Numa consideração superficial poder-se-ia pensar que a limitação do Estado ao direito seria uma limitação tipicamente liberal do Estado [...]. Mas para se chegar a um juízo definitivo deve-se refletir em que sentido Kelsen quer limitar o Estado ao direito. Assim se verifica que Kelsen não quer de forma alguma limitar o Estado a um conteúdo determinado, mas sim a uma determinada forma de ação. Quando a Teoria Pura do Direito diz que o Estado só pode agir juridicamente – ou, o que dá no mesmo, que ele é um fenômeno jurídico puro – não se afirma com isso que o Estado só deve ou pode servir à finalidade jurídica, que ele só pode ou deve agir como policial ou executor, mas que ele só pode agir na forma e na via do direito, como ele sempre faz. Isso não significa uma limitação objetiva do Estado, mas apenas formal, uma limitação a uma determinada forma de ação, mas que não impõe nenhum limite à possibilidade de resultados objetivos e que portanto não é de forma alguma aquilo que se imaginou até agora como posicionamento liberal com relação ao Estado. Segundo Kelsen, o Direito é justamente a forma adequada para todos os fins imagináveis, tanto da guerra como da paz, tanto da polícia como da justiça, tanto da cultura e do poder quanto da preservação da ordem. O conhecimento da neutralidade do Direito quanto ao conteúdo como meio adequado para qualquer fim social imaginável deixa fora de dúvida a natureza apolítica da Teoria Pura do Direito – seja qual for a convicção política do seu criador. Em outras palavras: o teórico do Direito Kelsen abre espaço a todos os conteúdos jurídicos e com isso a todas as ideologias políticas, não importando se o político tem orientação liberal ou não” (DIAS, 2010, p. 157-158).

da teoria política, Kelsen (1985, p. 24) investe particularmente contra um problema determinado: o do anarquismo na teoria do Estado, que emerge de modo substancial no âmbito do pensamento socialista.

Sua objeção sustenta-se na tese de que, se o conhecimento do Direito pressupõe a recondução inclusive do conceito de Estado ao fundamento das normas objetivas do Direito positivo, com a conseqüente equiparação entre o Estado e o Direito – o Estado se resume ao próprio sistema de normas coercitivas, o que implica dizer que *o Estado é o Direito* –, a proposta da supressão revolucionária do Estado burguês, como condição para o fim da luta de classes e da exploração econômica, contém em si a ideia da supressão do próprio Direito. Disso resulta a utopia de uma comunidade sem força, regida pela mais absoluta anomia, algo completamente impensável para Kelsen (2001, p. 233-238), que o toma como conceito contraditório em seus termos.

Primeiro, em razão da expressa incompatibilidade com uma filosofia relativista dos valores, pois quem quer que acredite na existência de uma ordem social carente de um sistema de normas objetivas, que liga a determinadas condutas certos atos coercitivos como sanções, deve pensar a possibilidade de uma ordem social, “cujo caráter obrigatório resulta diretamente de seu conteúdo” (KELSEN, 2001, p. 234). Dito de outro modo, pensar a supressão do Direito equivale a pressupor que a ordem social poderia ser baseada na obediência voluntária dos cidadãos²³, com fundamento num mesmo conjunto de valores comuns, reconhecidos por toda a humanidade. Porém, caso o estabelecimento desse conteúdo geral de valor estivesse de fato ao alcance da mente humana, segundo Kelsen (2001) seria difícil explicar o motivo do desconhecimento dessa “justiça natural” até o momento presente. Isso quando a História, a mesma

²³ Não há necessária equiparação entre anarquia e falta de ordem. Em outro sentido, a anarquia pode pressupor uma ordem; porém, uma ordem natural a ser estabelecida – eis o ponto – sem coerção ou domínio. Kelsen (1985, p. 140-141) afirma: “Anarquía no debe necesariamente significar desorden, falta de un ordenamiento; significa sólo falta de constricción y de dominio. También la naturaleza – ofrecida o cedida a la ciencia descriptiva – es un orden, es comprensible sólo como orden. Pero este orden natural es propiamente la condición en que se realiza completamente la desigualdad entre los hombres; y que exige un tal orden natural también para la sociedad, puesto que los considera útil, rechaza toda interferencia de parte de una constricción humanamente organizada, fundada en la voluntad planificada del hombre, habiendo confianza en una armonía natural. Esta hace el anarquismo. Este no polemiza contra la ‘anarquía de la producción’: la exige. Y éste no va contra el ordenamiento social capitalista porque éste es demasiado anárquico, sino porque éste lo es demasiado poco; puesto que éste es aún – también si no aferra a todas las relaciones sociales – un ordenamiento constrictivo, puesto que es un ordenamiento estatal. Su fin es la libertad, puesto que sólo ésta consiente aquel orden natural que es sólo la expresión de la armonía social, que sale de la naturaleza de las cosas, pero ante todo de la naturaleza del hombre. Porque el hombre es bueno por naturaleza, está inclinado al altruismo; sólo circunstancias externas, sólo el ordenamiento constrictivo del Estado capitalista la hace malo, y tal ordenamiento funda, con la maldad del hombre producida por este mismo, a su vez su constricción. Sólo una vez liberada por el ordenamiento constrictivo la verdadera y propia, la más íntima naturaleza del hombre se manifiesta”.

ciência privilegiada pelo socialismo científico, parece demonstrar com uma infinidade de registros conflituosos o exato oposto: que os valores foram sempre e necessariamente relativos às condições espaço-temporais dos indivíduos.

A transferência dessa “idade de ouro” da ordem natural para um futuro distante tampouco elimina o paradoxo que lhe é inerente, sobretudo quando ela impele os fiéis a “dirigir su voluntad y su actuar a un resultado que viene presentado como cierto antes aún de que essen luchado por éste” (KELSEN, 1985, p. 35). O sincretismo entre o conhecimento da realidade e o do valor é manifesto no momento em que se pretende derivar da natureza das relações materiais de produção econômica uma ordem única de ideais morais como consequência, a exemplo da ética religiosa que afirma a realização definitiva do bem como resultado necessário da onipotência de um deus.

Ocorre que, na ausência dessa referência positiva única, o valor absoluto suposto como fundamento da sociedade ideal do porvir pode perigosamente converter-se num valor negativo ou num *antivalor*²⁴, o que significa dizer na negação de todos os múltiplos sistemas de moral que a experiência das diversas ordens sociais nos apresenta *in concreto*. A sociedade sem classes, e sem a mediação dos interesses pelo sistema jurídico, constituiria no extremo o paradoxo de um Estado não político. Logo, a sociedade sem Estado, e *por isso sem Direito*, corresponde à contraditória condição da sociedade que não mais é uma sociedade:

Com base no nosso conhecimento da natureza humana deve-se considerar muito improvável que qualquer ordem social, mesmo uma que, na opinião de seus criadores, assegure aos indivíduos todas as vantagens

²⁴ Kelsen dirá que o socialismo deve admitir o valor do Estado ou renegá-lo como não valor. No primeiro caso, porém, deve lidar com as diversas possibilidades de valor que o Estado oferece a fim de não incidir no vazio do discurso puramente disruptivo: “Durante todo el siglo XIX los ‘sociólogos’ más dispares se servían de una ley de desarrollo causal para representar sus postulados ético-políticos. Toda esta sociología es, como ya ha demostrado Menzel, un derecho natural camuflado. Solo que el ‘desarrollo necesario’, que una vez conduce a la realización del valor comunista, otra vez – por ejemplo, en el caso de Spencer, orientado también en sentido completamente científico-natural – conduce a la realización del valor liberal. Se explica así el hecho – que ya hoy tiene una extrañeza impresionante – de que un sistema político en cuyo centro está elevado un valor contrapuesto a la realidad y que ha nacido de la revuelta moral contra la infame injusticia del ordenamiento capitalista de la sociedad, que un movimiento espiritual, cuya enorme corriente, siempre ascendente, está alimentada por fuentes profundamente éticas y cuyos fundadores – Marx y Engels – estaban animados por un raro *pathos* ético, se presente con el ropaje de una terminología ‘científica’, esto es, científico-natural y, por tanto, valorativa. Se explica a partir de esto el hecho de que, no obstante, se hayan cuidadosamente abstenido de todo juicio de valor acerca de la condición futura, a la que debe tender, y que hasta donde es posible se ha evitado indicar como ausplicable o por añadidura ideal, la literatura socialista está embebida de una crítica sin miramientos, destructora de la situación subsistente, de un juicio de valor negativo, que sin una medida positiva de valor – sea tácitamente presupuesta – no sería ni siquiera pensable” (KELSEN, 1985, p. 34).

desejadas, possa escapar ao risco de ser violada e, portanto, não necessite de precauções contra violadores efetivos ou potenciais por meio de medidas coercitivas. Teria de ser uma ordem que permitisse a todo o mundo fazer ou abster-se de fazer o que desejasse. Mas tal ordem, na realidade, é a suspensão de toda ordem social; é o restabelecimento de um estado de natureza, ou seja, um estado de anarquia. E esse talvez seja o significado mais profundo da ideia contraditória de uma ordem social natural: a negação da sociedade. A ilusão de que é possível “voltar à natureza” baseia-se na crença de que o homem é “bom por natureza”. Ela ignora o impulso de agressão inato ao homem. Ignora o fato de que felicidade de um homem é muitas vezes incompatível com a felicidade de outro e de que, portanto, uma ordem natural justa, que garanta a felicidade de todos e, por conseguinte, não tenha de reagir a perturbações com medidas de coerção, não é compatível com a “natureza” dos homens, a julgar pelo que conhecemos sobre ela. A “natureza” de uma ordem social natural não é a mesma que a natureza de nossa experiência científica: é um postulado moral (KELSEN, 2001, p. 235).

Portanto, na visão de Kelsen a teoria política marxista em particular pode operar com a ideia de uma sociedade sem Estado, capaz enfim de abrir mão da coerção da ordem jurídica, porque se funda sobre o problemático postulado moral de uma natureza humana uniforme, por meio da qual todos invariavelmente haveriam de reconhecer a primazia dos interesses materiais, a ponto de mobilizar o seu esforço individual deliberado no interior do complexo sistema de uma economia planejada, com o intento de harmonizar o atendimento geral dessa gama de interesses mais imediatos para todos. No entanto, como ironiza Kelsen (2001, p. 237), o risco permanente à manutenção dessa ordem evidencia-se não apenas pela constatação de que vícios individuais como a preguiça e a estupidez não seriam extirpados de todo nem mesmo na comunidade socialista, mas também pela percepção de que outras necessidades como as decorrentes das demais esferas de significação da existência – a religião, por exemplo – quase sempre são tão ou mais fortes que os interesses materiais de ordem econômica, supostos como imediatos.

Kelsen não pretende afirmar com isso que tal estado conflituoso dos impulsos e volições seja absolutamente inerente à natureza humana ou que corresponda mesmo à sua configuração plena e definitiva. A constatação advém, como o teórico repetidamente se permite enfatizar, daquilo que até o momento a análise crítica das ciências humanas como um todo e a da História em particular nos têm apresentado. Com efeito, sempre privilegiando a diretriz fundamental do método, todo cientista no âmbito das humanidades deve ater-se ao conhecimento da natureza humana de que de fato dispomos, sem especular – ao menos não na condição de cientista – como o humano “poderia” ou “deveria” ser:

Contar com uma natureza humana diferente da que conhecemos é utopia. Isso não quer dizer que a natureza humana seja imutável, mas apenas que não podemos prever como mudará sob circunstâncias mutáveis. O caráter utópico da ideia de uma condição social não regulamentada por alguma ordem coercitiva – uma sociedade futura, sem Direito ou Estado – surge claramente na doutrina que, até agora, representou essa ideia politicamente com mais sucesso – a doutrina do socialismo marxista. Essa doutrina explica a necessidade do Estado e do que denomina Direito “burguês” pelo fato de a sociedade ser dividida em classes – uma que possui e outra sem posses, explorada pela primeira. Segundo ela, a única função do aparelho coercitivo representado pelo Estado e pelo seu Direito é manter essa condição (KELSEN, 2001, p. 235).

O caráter volúvel da natureza humana, por sua vez, não pode encontrar guarida na doutrina do socialismo marxista, quando ela postula a adesão irrestrita dos indivíduos ao ideal de uma economia planejada e voltada para os interesses coletivos, supostos como a finalidade absoluta de justificação da ação, isto é, como um valor que pretende excluir a possibilidade da conduta contrária. Contra essa preponderância dos interesses materiais, incompatível com uma filosofia relativista dos valores, Kelsen (2001, p. 237) reitera que “[o] desejo de prestígio, a libido e o sentimento religioso não são fatores menos revolucionários que a fome e a sede”. Assim, apenas uma visão que identifica sociedade com economia poderia deixar de perceber os grandes perigos que ameaçam qualquer ordem social de outras direções.

Finalmente, num outro plano não menos importante – o de sua orientação metodológica, alinhada com a perspectiva do relativismo moral –, Kelsen aduz que as conclusões extremas da abordagem marxista podem ser derivadas do sincretismo que ela estabelece entre o conceito do Direito em geral (que equivale ao conceito do Estado em geral) e as diversas configurações históricas e contingentes da experiência jurídica. Em síntese, a doutrina do socialismo marxista eleva uma das conhecidas expressões desta experiência do Direito – a do Estado liberal burguês, que garante o sistema econômico capitalista – ao nível de uma legítima representação conceitual do Direito e do Estado em geral, desconsiderando com base nisso que seria perfeitamente concebível, entre outras, uma organização estatal constituída com o objetivo de impedir o prosseguimento da exploração econômica.

Em favor disso e contra a tese da associação do conceito universal da experiência jurídica com a ideia de um sistema econômico em particular, Kelsen (1985, p. 40) não ignora, por exemplo, que o “ordenamiento económico capitalista há nacido en el terreno de la teoría del liberalismo, hostil as Estado, y que tiene como vecino a la anarquía, y ha crecido en la esfera a-estatal del desarrollo de las fuerzas económicas”. Portanto,

não se trata de negar a luta de classes ou a exploração econômica como problema, mas sim de afirmá-los como realidades de fato, como o conteúdo material das contingências históricas, que não se confunde com a estrutura formal dos conceitos e representações gerais pressupostos pela racionalidade jurídica, quando esta possibilita identificar distintas experiências antagônicas como realidades propriamente de Direito.

A questão remete à orientação metodológica que impulsiona todo o projeto kelseniano, já que, diante da relatividade inerente aos valores constitutivos das múltiplas organizações sociais ao longo da história, fica claro que um conceito geral do Direito somente pode ser determinado, do *ponto de vista epistemológico*, como resultado de uma investigação preocupada com a formação dos conceitos e dedicada a determinar sob que condições tantas e tão divergentes percepções poderiam ser reconduzidas ao denominador comum das experiências propriamente jurídicas. A ideia geral da ordem coercitiva de normas, que liga a determinadas condutas dos indivíduos certas medidas específicas como sanções, não se refere, pois, a qualquer contingência histórica específica, porquanto alude primeiramente a uma estrutura formal do conhecimento, pressuposta pela racionalidade que organiza e condiciona certas experiências como percepções de Direito.

Sob esse ponto de vista, além da experiência histórica da exploração econômica exercida pelo Estado burguês especificamente, existe *antes* a ideia da ordem coercitiva como *representação epistemológica* que, na condição de pressuposto geral da cognição, permite também a identificação de outras tantas experiências materiais como realidades jurídicas, desde que estas se organizem sob aquela mesma determinação formal. Nessa perspectiva, a configuração material – isto é, a finalidade que orienta cada qual das ordens sociais – pode ser avaliada como justa ou injusta segundo as mais distintas e contraditórias ordens de valor²⁵,

²⁵ Algo similar às avaliações mais divergentes que os detratores de Kelsen ofereceram contra a TPD, por desconhecer ou ignorar a essência do projeto epistemológico e de sua metodologia. A mera possibilidade de tão distintas apreciações de um ponto de vista material, como Kelsen ironiza, provaria mais que tudo a pureza e a objetividade formal de seu sistema: “[é] destituída [a TPD] de qualquer conteúdo, é um jogo vazio de conceitos ociosos, dizem com desprezo uns; o seu conteúdo significa, pelas suas tendências subversivas, um perigo sério para o Estado constituído e para o seu Direito, avisam outros. Como se mantém completamente alheia a toda política, a Teoria Pura do Direito afasta-se da vida real e, por isso, fica sem qualquer valor científico. É esta uma das objeções mais frequentemente levantadas contra ela. Porém, ouve-se também com não menos frequência: a Teoria Pura do Direito não tem de forma alguma possibilidade de dar satisfação ao seu postulado metodológico fundamental e é mesmo tão só a expressão de uma determinada atitude política. Mas qual das afirmações é verdadeira? Os fascistas declaram-na liberalismo democrático, os democratas liberais ou os sociais-democratas consideram-na um posto avançado do fascismo. Do lado comunista é desclassificada como ideologia de um estatismo capitalista, do lado capitalista-nacionalista é desqualificada, já como bolchevismo crasso, já como anarquismo velado. O seu espírito é – asseguram muitos – aparentado com o da escolástica católica; ao passo que outros creem reconhecer nela as características distintivas de uma teoria

mas as ordens sociais em si devem necessariamente ser descritas sempre como ordens jurídicas²⁶ quando se pretende identificar a presença das normas coercitivas estabelecidas com o propósito de induzir os indivíduos a certas condutas desejáveis, sob a ameaça da imposição de medidas sancionatórias socialmente organizadas.

Porém, a universalidade dessa representação conceitual da ordem jurídica como ordem coercitiva – a qual garante a objetividade da ciência do Direito como conhecimento sistemático, cuja esfera de investigação passa a ser definida pelos fundamentos de uma racionalidade específica – não se esgota na mera abstração estéril, uma vez que oferece também uma das contribuições essenciais ao evidenciar o limiar decisivo para todo o campo das ciências sociais: a oposição entre a liberdade e a coerção. Assim, não por acaso o direcionamento da crítica de Kelsen é preciso desde o início, com foco no problema das relações entre o anarquismo e a teoria do Estado, que mobilizou em particular os partidários do pensamento marxista. Com essa questão, põe-se em jogo tanto a afirmação ou eventual negação do Estado quanto a possível determinação da natureza transitória ou definida da organização estatal (KELSEN, 1985, p. 25).

3 Conclusão

Diante do exposto, evidenciam-se as linhas mais gerais do projeto juspositivista de Kelsen. Em primeiro lugar, devido à orientação metodológica que torna patente a caracterização de suas investigações como um *projeto epistemológico*. Sob esse ângulo, desde o início a preocupação inequívoca de Kelsen é com a busca das condições de possibilidade de uma experiência jurídica já dada, cuja configuração não se coloca como problema. O “fato” de que temos a percepção de certos contextos sociais como realidades juridicamente reguladas, na qual certas normas se apresentam como válidas e outras não, assume a condição de dado objetivo cabendo à ciência do Direito, como conhecimento desse objeto que se faz presente, determinar sob que condições sua representação se

protestante do Estado e do Direito. E não falta também quem a pretenda estigmatizar com a marca de ateísta. Em suma, não há qualquer orientação política de que a Teoria Pura do Direito não se tenha ainda tornado suspeita. Mas isso precisamente demonstra, melhor do que ela própria o poderia fazer, a sua pureza” (KELSEN, 2006, p. xiii-xiv).

²⁶ Conforme a famosa passagem da TPD, já submetida às mais depreciativas interpretações: “Segundo o Direito dos Estados totalitários, o governo tem o poder de encerrar em campos de concentração, forçar a quaisquer trabalhos e até matar os indivíduos de opinião, religião ou raça indesejável. Podemos condenar com a maior veemência tais medidas, mas o que não podemos é considerá-las como situadas fora da ordem jurídica desses Estados” (KELSEN, 2006, p. 44).

torna possível e em que medida a experiência jurídica guarda algo de universal, a ponto de justificar a descrição de tantas e tão distintas variações históricas das organizações sociais como ordens jurídicas.

No curso desse projeto epistemológico, Kelsen encontra no conceito da ordem coercitiva da conduta humana uma representação geral capaz de atender às exigências metodológicas de sua investigação, muito embora tal representação, ao ser disposta como estrutura fundante da racionalidade própria da experiência jurídica, resulte na caracterização da ciência do Direito como um conhecimento eminentemente instrumental, habilitado apenas a descrevê-lo como meio específico para o alcance de certos fins socialmente desejáveis. A impossibilidade da eventual justificativa absoluta da ação (isto é, de um fim absoluto reconhecido por todos como um valor que exclui a possibilidade de valores contrários), conduz Kelsen enfim à Filosofia relativista que, por não identificar esse ideal moral absoluto em algum momento prévio do desenvolvimento histórico e social, renega a viabilidade de qualquer conhecimento moral alicerçado em categorias gerais e objetivas.

Consequentemente, a natureza formal do conhecimento instrumental que condiciona os meios para a ação (o conhecimento do Direito), quando contraposta ao conteúdo material da reflexão sobre as justificativas da finalidade da conduta (o conhecimento da moral), obriga o autor a promover a “separação” entre o Direito e a Moral no *plano epistemológico*, uma vez que, se a experiência jurídica pode ser reconduzida à estrutura formal de representações gerais características de uma racionalidade própria, o mesmo não ocorre em relação à experiência essencialmente subjetiva de afirmação dos valores morais. Uma ciência do Direito, sistemática e objetiva, encontra enfim seu

fundamento, mas não uma ciência da moral; e a validade da experiência jurídica não pode, então, depender de preferências morais individuais. Em suma, a efetivação da experiência da coerção jurídica, no plano epistemológico, independe da adesão a qualquer conjunto de valores morais.

Por sua vez, a filosofia relativista que emerge da investigação metodológica a respeito das condições de possibilidade da ciência jurídica, não esconde suas significativas derivações no campo da teoria política, no qual Kelsen estabelece um forte embate com teóricos do pensamento socialista em geral e com partidários da teoria do Estado marxista em particular. Tal como pugnada pelo autor da TPD, a leitura instrumental do conhecimento jurídico, quando somada ao relativismo moral do teórico, acaba por equiparar o Estado ao Direito, ou seja, acaba por identificar o Estado com o sistema formal da ordem coercitiva das condutas, que funciona sempre e necessariamente como *meio*, sem nunca se confundir com qualquer finalidade específica da organização social, como a exploração econômica na qual a teoria socialista acredita encontrar a *essência* do Estado burguês.

Kelsen, é certo, jamais negou a exploração ou a luta de classes como problemas sociais que caracterizam o sistema econômico capitalista. O destaque de sua proximidade com o partido social-democrata fornece todas as provas nesse sentido. Em síntese, a divergência do teórico concentra-se na objeção de que a exploração em si não pode ser tomada como a essência ou a finalidade da ordem coercitiva em geral, pois mesmo a complexa organização produtiva de um sistema econômico socialista ainda não seria capaz de prescindir da imposição de sanções determinadas por um sistema normativo, em vista da hipótese sempre presente do comportamento desviante.

A firme posição de Kelsen em favor do relativismo moral, bem como seu embate contra o que considera teorias anarquistas do Estado, amparam-se antes de tudo nas linhas gerais da *orientação epistemológica* do teórico. Na esteira do criticismo transcendental, Kelsen claramente compreende o conhecimento científico como resultado de um processo ativo da cognição, de modo que a investigação não se restringe ao *objeto em si*, mas à *representação geral do objeto* que deve ser construída segundo as determinações formais do entendimento.

Sobre o autor

Alan Ibn Chahrur é doutor em Filosofia (Teoria Geral do Direito e do Estado) pela Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, Brasil; professor do Programa de Ensino Integral da Secretaria de Educação do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; advogado especialista em Direito Civil.
E-mail: alan.chahrur@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

CHAHRUR, Alan Ibn. O Direito como técnica social específica: os pressupostos epistemológicos do positivismo normativista de Hans Kelsen. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 60, n. 239, p. 11-38, jul./set. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/239/ril_v60_n239_p11

(APA)

Chahrur, A. I. (2023). O Direito como técnica social específica: os pressupostos epistemológicos do positivismo normativista de Hans Kelsen. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 60(239), 11-38. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/239/ril_v60_n239_p11

Referências

DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito na obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

JESTAEDT, Matthias. Introdução: I. As “obras de Hans Kelsen”. In: KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*. Tradução de Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. (Coleção Paulo Bonavides).

KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti et al. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Coleção Justiça e Direito/Ensino Superior).

_____. *A ilusão da justiça*. Tradução de Sérgio Tellaroni. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008a.

_____. *A justiça e o direito natural*. Tradução e prefácio de João Baptista Machado. Coimbra: Almedina, 2009. (Stvdivm).

_____. *A paz pelo direito*. Tradução de Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2011a. (Coleção Biblioteca Jurídica WMF).

_____. *Autobiografia de Hans Kelsen*. Tradução de Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011b. (Coleção Paulo Bonavides).

_____. *Jurisdição constitucional*. Tradução de Alexandre Krug *et al.* 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. (Coleção Justiça e Direito).

_____. *O Estado como integração: um confronto de princípios*. Tradução de Plínio Fernandes Toledo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. (Coleção Justiça e Direito).

_____. *O problema da justiça*. Tradução de João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011c. (Coleção Justiça e Direito).

_____. *O que é a justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. (Coleção Justiça e Direito).

_____. *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado: desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*. Traducción de la segunda edición del alemán por Wenceslao Roces. México, DF: UNAM: Porrúa, 1987. (Serie G: Estudios Doctrinales/ Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, n. 103).

_____. Professor Stone and the Pure theory of law. *Stanford Law Review*, Stanford, CA, v. 17, n. 6, p. 1.128-1.157, July 1965. DOI: <https://doi.org/10.2307/1227237>.

_____. *Socialismo y Estado: una investigación sobre la teoría política del marxismo*. Traducción de Rolf Behrman. [Madrid]: Revista de Derecho Privado: Editoriales de Derecho Reunidas, 1985. (Monografías).

_____. *Teoria geral das normas*. Tradução e revisão de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.

_____. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (Coleção Justiça e Direito).

_____. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. (Coleção Justiça e Direito).

_____. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008b. (Stvdivm).

_____. *Teoria pura do direito*. Versão condensada pelo próprio autor. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 9. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. (RT Textos Fundamentais, 5).

_____. *The communist theory of law*. New York: Praeger, 1955. (Praeger Publications in Russian History and World Communism, n. 12).

_____. *The political theory of Bolshevism: a critical analysis*. Berkeley, CA: Berkeley University Press, 1949. (University of California Publications in Political Science).

KELSEN, Hans; CAMPAGNOLO, Umberto. *Direito internacional e Estado soberano*. Organização de Mario G. Losano. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. (Coleção Justiça e Direito).

PAULSON, Stanley L. Introduction: on Kelsen's place in jurisprudence. In: KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory: a translation of the first edition of the Reine Rechtslehre or Pure theory of law*. Translated by Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson. Oxford, UK: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1992.

RODRIGUES, Otávio Luiz; TOFFOLI, José Antonio Dias. Hans Kelsen, o jurista e suas circunstâncias: (estudo introdutório para a edição brasileira da “autobiografia” de Hans Kelsen). In: KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*. Tradução de Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. (Coleção Paulo Bonavides).

SCHLICK, Moritz. *Space and time in contemporary physics: an introduction to the theory of relativity and gravitation*. Rendered into English by Henry L. Brose. Dover ed. Mineola, NY: Dover Publications, 2005.

SGARBI, Adrian. Prefácio. In: FARO, Julio Pinheiro; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo (org.). *A diversidade do pensamento de Hans Kelsen*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

Por uma atuação eficaz do Estado contra o etarismo laboral

LELIO MAXIMINO LELLIS

Resumo: A discriminação fundada na idade para o acesso e a permanência no trabalho é ofensiva aos direitos humanos. Agrava o quadro a inexistência de tratado internacional ou de lei brasileira que proteja globalmente o cidadão do etarismo laboral. O tema clama por uma atuação eficaz do Estado contra a discriminação de idade no contexto do trabalho. O artigo questiona a importância e os aspectos dessa atuação a constar em lei. A hipótese sugere a necessidade de política pública e de sanções que protejam a isonomia etária no contexto trabalhista. O objetivo consiste em propor lei sobre a atuação estatal com a indicação de elementos protetores contra a discriminação etária laboral. Utiliza-se o método hipotético-dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica. Os resultados apontam a necessidade de lei que traga uma política pública para a educação e o implemento de ações afirmativas, além de sanções estimuladoras do tratamento laboral isonômico.

Palavras-chave: etarismo laboral; discriminação empregatícia por idade; direitos humanos no trabalho.

For an effective action by the State against ageism in the labor context

Abstract: Discrimination based on age for access and permanence in work is offensive to human rights. The situation is aggravated by the lack of international treaty or Brazilian law that globally protects against ageism at work. The theme calls for effective action by the State against labor ageism. The paper probes into the importance of this action and asks which aspects of it should be included in the law. The hypothesis suggests the need for public policy and sanctions that protect age equality in the labor context. The objective is to propose a law about state action and its elements to protect against age discrimination at work. The hypothetical-deductive method and the bibliographic research technique are used. The results indicate the need for a law that brings a public policy for the

Recebido em 12/6/23
Aprovado em 28/7/23

population education and implementation of affirmative actions as well as sanctions to stimulate an isonomic labor treatment.

Keywords: ageism at work; job discrimination by age; human rights at work.

1 Introdução

Entendida como qualidade da espécie humana percebida coletivamente, a noção de *dignidade humana* parece ter surgido no século IV em Constantinopla, então capital do Império Romano do Oriente. Ela é considerada o fundamento ético para o combate da escravidão rural em nome da “tradição religiosa” e “humanitária” (BOISSONNADE, 1927, p. 43). Logo, surgiu num contexto social em que havia rejeição ao trabalho forçado, não remunerado e no qual os escravizados estavam impossibilitados de decidir sobre quaisquer aspectos de sua vida.

Muito tempo depois, com a Declaração de Independência dos EUA, tem lugar a proclamação solene de que “todos os homens são criados iguais” e “dotados pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis”¹ (UNITED STATES, [1776], tradução nossa), concretizando-se, por conseguinte, a ideia da existência de direitos basilares naturais, inerentes à condição de cada ser humano visto como indivíduo.

Entretanto, apenas no século XX veio a ocorrer a aplicação da noção de *dignidade* – intrínseca a cada pessoa em decorrência da condição humana – ao contexto dos direitos que regulam o fenômeno social do trabalho, de maneira a reconhecê-los como parte do conjunto dos direitos fundamentais e humanos merecedores de especial proteção nacional e internacional. Pelo prisma dos Estados nacionais, a proteção basilar dos direitos trabalhistas é prevista pioneiramente nas Constituições mexicana de 1917 e alemã de 1919. Sob o enfoque de um sistema de proteção internacional, a conquista e a defesa dos direitos trabalhistas vêm à tona com o surgimento da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1919. Constata-se, com base nessa síntese exemplificativa da história, a desafiadora caminhada da humanidade na busca do progressivo reconhecimento e efetiva proteção dos direitos do trabalho, quer no âmbito internacional, quer no contexto dos Estados.

¹No original: “We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights”.

Embora sejam inegáveis os fenômenos sociais do envelhecimento da população² e da necessidade de sua permanência por mais tempo no mercado de trabalho – ligados por nexo de causalidade com a decorrente efetivação da aposentadoria cada vez mais tardia em virtude de estipulação normativa³ –, não existe tratado ou convenção internacional de direitos humanos ratificado pelo Brasil ou lei nacional que trate de maneira global, sistêmica e detalhada o fenômeno social da discriminação etária contra os indivíduos – em especial os que têm idade igual ou superior aos 50 anos⁴ – quanto ao acesso, à

² Pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) aponta que, entre 2012 e 2017, o número de pessoas idosas no Brasil cresceu 18%, saltando de 25,4 milhões para 30,2 milhões (PARADELLA, 2018). O Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos (Dieese) informa que 17,9%, ou seja, 37,9 milhões de indivíduos integrantes da população brasileira em 2021 tinham mais de 60 anos, dos quais 75% contribuíam para o sustento dos domicílios em que residiam e 18,5%, ou mais de 7 milhões de pessoas idosas, ainda trabalhavam (DIEESE, [2021]).

³ Ver a Emenda Constitucional (EC) nº 103/2019 (BRASIL, 2019b), que estabeleceu a aposentadoria para os homens aos 65 anos e para as mulheres após os 62 anos de idade – salvo existência de direito adquirido, regime especial ou de transição, conforme alteração no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (arts. 40, § 1º, III; 201, § 7º, I e II), o que obriga os qualificados como pessoas idosas pelo art. 1º da Lei nº 10.741/2003 (BRASIL, [2022a]) a trabalharem depois dos 60 anos.

⁴ Embora os jovens de até 24 anos pareçam ser os mais afetados pelo desemprego, com 22,8% deles nessa condição, o fenômeno não tem a idade como fator específico de discriminação (PEREIRA, 2022). Em relação aos trabalhadores com idade igual ou superior a 50 anos ocorre o oposto, havendo discriminação fundada exclusiva ou preponderantemente na idade. O problema é agravado pelo crescimento do número de brasileiros nessa faixa etária, que perfaziam, segundo o IBGE, 54,8 milhões de pessoas em 2021 (RAMALHO, 2022). Todavia, estudo realizado a pedido do Senado Federal antes do advento da reforma da Previdência instituída pela EC nº 103/2019 – e que teve os resultados atenuados pelo fenômeno da aposentadoria precoce, então muito comum – já indicava estatisticamente que os indivíduos com idade igual ou superior a 50 anos detêm menor participação proporcional no mercado de trabalho que aqueles com idade entre 20 e 49 anos – além de haver o fenômeno do crescimento do desemprego para os homens a partir dessa idade, que acaba “tomando um formato de ‘U’” ao crescer de 8,8% para 11,5% (NERY; TENOURY; SHIKIDA, 2018, p. 6, 14). Os números absolutos também mostram o fenômeno do crescimento da quantidade de desempregados com idade igual ou superior

promoção e à permanência no trabalho, o que parece obstar de modo crescente a sua eficaz e continuada inserção laboral.

Tome-se como exemplo a pesquisa realizada (VASCONCELOS, 2016) com pessoas jurídicas empregadoras de destaque no Brasil, a qual demonstrou o desequilíbrio etário nessas organizações, com contratações e demissões estatisticamente indicativas de prejuízo para determinada parcela da força de trabalho, em grande medida a mais velha, o que sugere a utilização do critério distintivo da idade para a efetivação das ações laborais organizacionais e parece indicar ausência de diversidade etária no contexto de trabalho daquelas empresas. Em direção semelhante, a investigação científica de Hanashiro e Pereira (2020, p. 188) conclui pela existência de “saneamento etário” nas organizações, com a demissão prevalente de “trabalhadores mais velhos”⁵.

Tal realidade possivelmente contribui para a proliferação da exclusão laboral com base no critério discriminatório da idade, o que “pode ter um impacto negativo na coesão social, saúde e bem-estar”, além de representar “desafios significativos à organização do trabalho” (BRATT; ABRAMS; SWIFT; VAUCLAIR; MARQUES, 2018, p. 167, tradução nossa)⁶.

Exatamente por isso, aborda-se o tema da necessidade de efetiva atuação do Estado, por meio dos três Poderes da República, com a

a 50 anos, que saltou de 508,9 mil em 2012 para 1,4 milhão em 2022 (PEREIRA, 2022).

⁵ Embora o fenômeno social do etarismo também ocorra nos EUA e na União Europeia, estudos como os de Morgeson, Reider, Campion e Bull (2008) e Lahey (2010) – que abordam sistemicamente diversas pesquisas sobre a questão – argumentam que tal prática discriminatória no contexto do trabalho parece diminuir como resultado de legislação específica e do decorrente estabelecimento de políticas públicas e sanções estimuladoras da igualdade laboral.

⁶ No original: “As a form of social exclusion, age discrimination can negatively impact social cohesion, health, and well-being [...], and poses significant challenges to the organization of labor”.

elaboração de lei que trate da formulação e da implantação de política pública⁷ contra o etarismo laboral⁸ sofrido por trabalhadores com idade superior a 50 anos – segundo constatam as pesquisas e os resultados estatísticos já citados –, procurando-se indicar o rol de seus elementos e instituir sanções pela prática de condutas tipificadas como ilícitas, a fim de que se proteja a isonomia etária no contexto do trabalho.

Assim, estuda-se a importância da atuação do Estado contra o etarismo laboral e questiona-se sobre conteúdos que integram a política pública a ser formulada e executada para a proteção contra a discriminação etária, além de conjecturar sobre sanções importantes para estimular a isonomia etária no contexto trabalhista.

A hipótese sugere a imprescindibilidade da efetiva atuação do Estado no combate ao etarismo laboral, por meio da formulação e execução de política pública específica que inclua diferentes modalidades de ações afirmativas e mecanismos de educação da população para a defesa consciente da isonomia laboral, bem como a instituição de sanções premiais e punitivas para, respectivamente, estimular comportamentos que atuem em prol da isonomia etária no contexto do trabalho e coibir condutas indesejáveis porque indicativas de etarismo laboral.

O objetivo geral é conscientizar sobre a necessidade de formulação e execução de política pública pela isonomia etária no contexto de acesso, promoção e permanência no trabalho, com a indicação de aspectos essenciais à sua elaboração, além de sugerir sanções punitivas e premiais estimuladoras de condutas que protejam e fortaleçam a isonomia etária

⁷ A expressão *política pública* é polissêmica e, pois, carente de precisão semântico-pragmática. Neste artigo, sob o enfoque econômico e conforme conceitua o Tribunal de Contas da União, entende-se por políticas públicas “o conjunto de intervenções e diretrizes emanadas de atores governamentais, que visam tratar [...] problemas públicos e que requerem, utilizam ou afetam recursos públicos” (BRASIL, 2020c, p. 25). Sob o prisma normativo, são as diretrizes e bases elaboradas harmonicamente pelo Legislativo e pelo Executivo por meio de lei para a consecução de programa e ações governamentais e da qual também pode constar a indicação dos critérios de fiscalização de sua eficiência (FREITAS; TANCREDI; CAVALCANTE FILHO; MENEGUIN, 2013, p. 7-8). Sob o ângulo funcional, elas buscam a consecução dos objetivos fundamentais da República, expressos na CRFB (art. 3º), bem como outros destes derivados e veiculados em tratados internacionais ou leis, e incluem programas governamentais a serem concretizados por ações, entre as quais as afirmativas (MASTRODI; IFANGER, 2019, p. 9-12).

⁸ Com base na informação obtida em Hanashiro e Pereira (2020, p. 192), pode-se conceituar *etarismo laboral* como toda distinção levada a cabo no contexto do trabalho com fundamento exclusivo na idade cronológica, como derivada de estereótipos e preconceitos e resultante na discriminação impeditiva do acesso ou da permanência do(a) discriminado(a) em igualdade de condições com os demais trabalhadores. Ademais, conforme Ayalon e Tesch-Römer (2018, p. 1, tradução nossa), o etarismo ou ageísmo reside na “percepção” e nas “ações” referentes a “pessoas mais velhas”, e pode efetivar-se – inclusive inconscientemente – nos diferentes âmbitos da existência, sendo encontrados nos “comportamentos dos indivíduos, nos regulamentos organizacionais e nos valores culturais”. No original: “It is in our perception of older people and in our actions towards older people. [...] Most often, we are not aware of our ageist perceptions and behaviours. Ageism is prevalent in different domains of life [...]. Elements of ageism can be found in individuals’ behaviour, in organizational regulations, and in cultural values”.

laboral. Por sua vez, os objetivos específicos são indicativos da busca de configuração de elementos de diferentes modalidades de ação afirmativa em prol da população vulnerável – aquela economicamente ativa a viver na década final da meia-idade e, pois, imediatamente antecedente à faixa etária da velhice estabelecida em lei para fins previdenciários –, além de educação que conscientize os residentes no País a respeito da importância da igualdade laboral, bem como da sugestão de sanções premiais e punitivas para estimular a prática de condutas isonômicas, com o fundamento distintivo da idade no contexto de acesso, promoção e permanência no trabalho.

O método utilizado é o hipotético-dedutivo. A técnica empregada é a bibliográfica de natureza preponderantemente conceitual: analisa-se a CRFB, bem como leis e tratados internacionais de direitos humanos que abordam aspectos que, direta ou indiretamente, se referem ao etarismo laboral, além de decisões integrantes da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF).

A argumentação desenvolve-se nestas seções: “Fundamentos constitucionais à não discriminação etária no contexto do trabalho”, “Proteção à igualdade laboral nos tratados internacionais”, “Interpretação do Congresso Nacional, da Presidência da República e do Supremo Tribunal Federal sobre a discriminação etária laboral” e “Conteúdos para uma lei de combate ao etarismo laboral”.

2 Fundamentos constitucionais da não discriminação etária no contexto do trabalho

Entre os fundamentos da República, a CRFB (BRASIL, [2023a]) apresenta a exigência de respeito aos “valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa”, os quais são instrumentos protetores da “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III e IV), e estabelece como objetivos fundamentais do Estado a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária”, o “desenvolvimento nacional”, a erradicação da “pobreza”, da “marginalização” e a redução das “desigualdades sociais e regionais”, bem como a promoção do “bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, I a IV). Igualmente, define a “prevalência dos direitos humanos” e a “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade” (art. 4º, II e IX) como princípios constitucionais a serem necessariamente observados pelo Estado brasileiro em suas relações internacionais.

Depreende-se desse conjunto de normas constitucionais que, para a efetiva existência social da dignidade humana, não de ser respeitados os

direitos humanos, muitos dos quais, a exemplo dos de natureza laboral expressos no art. 7º da CRFB (BRASIL, [2023a]), foram elevados à categoria de direitos constitucionais fundamentais. Indubitavelmente a CRFB indica os valores do trabalho e da livre iniciativa econômica como essenciais para a concretização dos direitos humanos e, conseqüentemente, da dignidade da pessoa, a fim de que se tornem reais os objetivos basilares da erradicação da pobreza, da diminuição da desigualdade social e da promoção do bem-estar mediante o combate à discriminação de natureza preconceituosa, a exemplo da que se funda apenas em elementos culturais decorrentes da representação social e configuradores de estereótipos⁹ que instituem a idade como agente discriminador.

A CRFB vai além ao tratar do específico direito fundamental à não discriminação etária no contexto do trabalho, ao determinar que são “direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”, a “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil” (art. 7º, XXX (BRASIL, [2023a], grifos nossos)).

Considerando-se que o art. 7º, XXX, da CRFB, busca a “isonomia” entre os trabalhadores empregados, com a “proteção da igualdade de oportunidades” (CANOTILHO; MENDES;

SARLET; STRECK, 2014, p. 618), explica-se o seu conteúdo de vedação à discriminação que leve à distinção injusta ou não isonômica de salários, exercício laboral e critério de admissão por motivo de idade.

Em primeiro lugar, a vedação é ao fator de discriminação “baseado em preconceito” (BASTOS; MARTINS, 2001, p. 526) – pontuado, como de resto, no conteúdo do art. 3º, IV, da CRFB –, proibindo-se a discriminação baseada em representações sociais que levam a estereótipos, além de desconsiderar questões biológicas efetivamente impeditivas do adequado exercício laboral. Logo, considerados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, é excepcionalmente válida a diferenciação baseada na idade, a exemplo da contratação em função laboral que requeira o vigor físico característico do jovem adulto. Não por outra razão, a própria CRFB diferencia *laboralmente* os indivíduos em certas circunstâncias, ao impor aposentadoria compulsória aos 75 anos de idade ou ao permitir, nos termos de lei complementar, aposentadoria do trabalhador integrante de certas categorias profissionais em que há mais riscos à saúde – como agente penitenciário e socioeducativo, policial e professor de educação básica – antes do estipulado por regra geral (art. 40, §§ 1º, II, 4º-B, 4º-C e 5º (BRASIL, [2023a])).

Idêntico raciocínio vale para o exercício da função laboral por quem já está contratado pela empresa ou entidade; não se pode impedir a permanência na função ou a promoção para outra com base no preconceito cultural inerente à representação social estereotipada contra os adultos que tenham maior idade, sob pena de realizar ato inconstitucional. Embora a CRFB não indique explicitamente a proibição contra a demissão fundada no discrimen cultural referente à idade do trabalhador, há um implícito impedimento a esse tipo de dispensa, que decorre da vedação à discriminação

⁹ Para a Psicologia Social, a “representação social” designa uma forma de “conhecimento socialmente elaborado e partilhado, com uma orientação prática e concorrendo para a construção de uma realidade comum a um conjunto social”, implicando a existência de um “sistema de valores e de práticas relativas a objetos, aspectos ou dimensões do meio social” que possibilita a “estabilização do quadro de vida dos indivíduos e dos grupos”, além de ser “um instrumento de orientação da percepção das situações e de elaboração de respostas”. Um “estereótipo”, por sua vez, traduz-se num “conjunto de opiniões e ideias generalizadas, utilizadas para pré-definir alguém ou algo”, sendo “adquiridas ao longo” da vivência experiencial na sociedade e “baseadas no senso comum”, funcionando como “rótulo” que muitas vezes “revela um profundo desconhecimento sobre o assunto em concreto ou sobre a pessoa rotulada” (DURÃO, 2022, p. 7-8).

quanto à permanência no exercício de funções, sendo possível reforçar aquela vedação pela combinação dos conteúdos dos incisos I e XXX do mesmo art. 7º, que determina ser direito do trabalhador “[a] relação de emprego protegida contra [a] despedida arbitrária”, “nos termos de lei complementar” (BRASIL, [2023a]).

Não é só. Porque o conteúdo normativo que proíbe a discriminação laboral fundada na idade está disposto no art. 7º da CRFB, formalmente é ele fundamental, uma vez que está inserido no Título II, “Dos direitos e garantias fundamentais”, que abarca os arts. 5º a 17. É também norma materialmente fundamental, pois imprescindível à efetivação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana – justificador da existência mesma da CRFB e do Estado por ela configurado – e inserir-se nos objetivos fundamentais da República do Brasil (art. 3º, III, IV), os quais somente poderão ser perseguidos – e eventualmente alcançados – com a obediência à vedação do preconceito e da discriminação etária no contexto do trabalho.

A consequência da qualificação do direito à não discriminação etária no contexto do trabalho como direito fundamental reside na sua proteção como cláusula pétrea, nos termos do art. 60, § 4º, IV, da CRFB contra revogação que advenha de Emenda Constitucional (BRASIL, [2023a]), pois, embora seja direito social, é dotada de dimensão singular; nessa condição, protege cada trabalhador e detém prevalente natureza de “direito individual”, e não coletivo, do trabalho (SILVA, 2005, p. 192-195).

Além de detentor de *status* fundamental, o direito constitucional *stricto sensu* à não discriminação laboral é instrumento que contribui para a configuração do conceito jurídico de *proteção à pessoa humana*, compondo o direito *lato sensu* do trabalho, veiculado e reconhecido em tratados internacionais como um dos direitos humanos.

A importância dessa constatação reside na autorização, conforme o art. 34, VII, *b*, da CRFB, para a intervenção da União em Estado-membro da Federação ou no Distrito Federal quando necessária para “assegurar a observância” do princípio constitucional protetor dos “direitos da pessoa humana” (BRASIL, [2023a]), um dos quais é o da igualdade ou isonomia laboral. Assim também, a previsão constitucional do direito humano em questão é suficiente para que se torne possível aquela intervenção, mesmo que não exista lei e, por conseguinte, não se possa falar em “prover a execução de lei federal”, como previsto no art. 34, VI, da CRFB (BRASIL, [2023a]).

Em síntese, a CRFB tem por objetivo fundamental a promoção do bem de todos. Veda, pois, injustificáveis distinções entre seus destinatários que tenham por base a idade, haja vista a subjetividade de tais diferenciações, que decorrem de estereótipos culturais – sendo, portanto, discriminatórias

(art. 3º, IV). Ou seja: aquele objetivo fundamental é justificador da proibição à diferenciação salarial, de exercício funcional e critérios de admissão e demissão laborais (art. 7º, XXX, da CRFB) que tenha a idade como exclusivo e preconceituoso fator de discrimen (BRASIL, [2023a]).

3 Proteção à igualdade laboral nos tratados internacionais

Alguns tratados internacionais veiculadores de proteção aos direitos humanos – detentores de *status* supralegal em decorrência da interpretação do STF nos Recursos Extraordinários (REs) nºs 349.703/RS e 466.343/SP (BRASIL, 2008a, 2008b) – objetivam a proteção da igualdade no contexto do trabalho, embora não realizem uma abordagem global, sistêmica e profunda da vedação à discriminação etária para o acesso, a permanência e a dispensa laboral.

No âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU) e sua agência especializada para o tema, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), merecem destaque: a) a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), adotada pela Assembleia Geral da ONU em 1948 e consubstanciada na Resolução 217 A III (NAÇÕES UNIDAS, [1948]); b) o Pacto dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, de 1966, promulgado pelo Decreto nº 591/1992 (BRASIL, 1992); e c) as Convenções da OIT nºs 111, de 1958, 117, de 1962, 142, de 1975, e 168, de 1988, consolidadas pelo Decreto nº 10.088/2019 (BRASIL, 2019a). Pelo prisma da Organização dos Estados Americanos (OEA), cite-se o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (*Protocolo de San Salvador*), de 1988, objeto do Decreto nº 3.321/1999 (BRASIL, 1999a).

A DUDH (NAÇÕES UNIDAS, [1948]) proclama no art. 23, itens 1 e 2, que “toda a pessoa tem direito ao trabalho”, o que abrange “à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego”, bem como “a salário igual por trabalho igual”. Em outras palavras, objetiva-se proteger a isonomia entre os trabalhadores, com dispensa de tratamento igualitário quando estiverem em igual condição e numa mesma circunstância. Assim, ainda que de maneira implícita, proíbe-se a discriminação fundada em preconceito cultural inerente à idade, uma vez que inexistirão elementos distintivos que sirvam de parâmetro para a diferenciação na escolha do emprego. Igualmente, eventual diferenciação etária fundada em preconceitos e estereótipos culturais ofenderá a outorga de condições laborais justas a todos os integrantes da força economicamente ativa da sociedade.

O Pacto dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (BRASIL, 1992), por sua vez, expressa no art. 7º que os Estados signatários “reconhecem o direito de toda pessoa” humana ao gozo de “condições de trabalho justas e favoráveis”, o que implica assegurar “um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção”, além de “igual oportunidade para todos de serem promovidos, em seu trabalho”, sem quaisquer diferenciações, salvo “as de tempo de trabalho e [de] capacidade”. Essas disposições clarificam o conteúdo do art. 23 da DUDH, tornando inequívoca a busca de isonomia remuneratória e para fins de promoção laboral entre os trabalhadores empregados e assemelhados, com a vedação à discriminação fundada em preconceito. Todavia, são partes da igualdade laboral as diferenciações baseadas em *discrimens* objetivos, como os critérios de tempo de trabalho e capacidade profissional utilizáveis na seleção e atribuição de promoção.

A OIT também se ocupa da proteção à igualdade laboral, mediante a vedação à distinção fundada em critérios subjetivos e culturalmente preconceituosos dirigidos a determinada porção dos trabalhadores. Sua Convenção nº 111, de 1958, que trata especificamente da discriminação em matéria de emprego e profissão, conceitua o termo *discriminação* ao afirmar que ele compreende:

- a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
- b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados (BRASIL, 2019a).

A Convenção da OIT nº 111 (BRASIL, 2019a) vai além: no art. 5º, item 2, exclui as ações afirmativas do conceito de *discriminação*, disciplinando que o Estado-membro, “consultadas as organizações representativas”, pode “definir como não discriminatórias quaisquer outras medidas especiais” cujo objetivo seja o de “salvaguardar as necessidades particulares de pessoas” que necessitem de “proteção ou assistência especial”, “reconhecida como necessária, por razões tais como o sexo, a invalidez” ou de outra natureza. Ademais, o art. 2º da Convenção obriga os Estados signatários à formulação de política pública para a isonomia laboral:

Qualquer Membro para o qual a presente convenção se encontre em vigor *compromete-se a formular e aplicar uma política nacional que*

tenha por fim promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidade e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria (BRASIL, 2019a, grifos nossos).

Desse modo, por força do seu art. 2º e como membro da OIT e signatário da Convenção nº 111, o Brasil está obrigado a formular e a implantar uma política pública para a promoção da igualdade no contexto laboral, com a eliminação da discriminação, que conforme o art. 1º nada mais é que a diferenciação que visa destruir ou fragilizar a igualdade de oportunidades em matéria de emprego ou profissão. Também aqui, embora não se indique expressamente como proibida a discriminação baseada no critério étário, há sua vedação implícita diante do dever de combatê-la mediante política pública que objetive a inclusão laboral para que se extirpem condutas discriminatórias no contexto do trabalho.

O art. 14, item 1, da Convenção da OIT nº 117, de 1962 (BRASIL, 2019a), ressalta a preocupação com a busca da igualdade de oportunidades laborais e o combate à discriminação no contexto do trabalho, quando requer a execução de “política social” pelo Estado signatário para “suprimir qualquer discriminação entre trabalhadores fundada na raça, cor, sexo, crença, associação tribal ou filiação sindical” quanto à “legislação” trabalhista, “admissões” em “empregos públicos” e “privados”, “condições de recrutamento”, “promoção” e “trabalho”, “nível de salário”, a serem “fixados de conformidade com o princípio da retribuição idêntica por trabalho idêntico, no mesmo processo e na mesma empresa”.

O elenco de fenômenos discriminatórios do item 1 do art. 14 é meramente exemplificativo e não pode ser alegado para obstar a atuação estatal de modo a impedir outras modalidades de discriminações laborais, sob pena de invalidar o espírito da própria Convenção nº 117, além de

fragilizar as outras normas aqui abordadas. Além disso, o item 2 do art. 14 acrescenta o dever do Estado signatário de efetivar “todas as medidas práticas e possíveis” para “reduzir quaisquer diferenças” salariais resultantes “de discriminação fundada” em preconceitos culturais – logo, de natureza não objetiva, tais como as baseadas na “raça, cor, sexo, crença, associação tribal ou filiação sindical” (BRASIL, 2019a).

A Convenção da OIT nº 142, de 1975 (BRASIL, 2019a), que trata da formação e da orientação profissional necessárias ao desenvolvimento dos recursos humanos de um país, igualmente se ocupa do dever de política pública a ser formulada e implementada pelo Estado signatário: o art. 1º afirma que deverão ser elaboradas e implantadas “políticas e programas” de formação e orientação profissional de modo a “habilitar todas as pessoas, em bases iguais e sem qualquer tipo de discriminação, a desenvolver e a utilizar suas capacidades para o trabalho”, segundo suas melhores aspirações e em conformidade com as “necessidades da sociedade”.

Por fim, a Convenção da OIT nº 168, de 1988, avança ao incluir, entre as discriminações vedadas, a baseada na idade, porque fundada em critério subjetivo, tratando-se de preconceito decorrente de estereótipos culturais. Dispõe seu art. 6º, item 1, que o Estado-membro “deverá garantir a igualdade de tratamento” a todos os indivíduos “sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, religião, opinião pública, ascendência nacional, nacionalidade, origem étnica ou social, invalidez ou *idade*” (BRASIL, 2019a, grifo nosso). A busca dessa igualdade de oportunidades reforça a importância da formulação e implantação de política pública, programa e ações afirmativas que intentem “satisfazer as necessidades específicas de categorias de pessoas que encontram problemas particulares no mercado de trabalho, em particular, de grupos desfavorecidos” (art. 6º,

item 2 (BRASIL, 2019a)). É inequívoco serem políticas públicas, programas e ações formulados e concretizados para o alcance da efetiva igualdade de oportunidades.

Também a OEA aborda a problemática da busca de isonomia laboral e do combate à discriminação no contexto do trabalho, fazendo-o mediante o Protocolo de San Salvador, objeto do Decreto nº 3.321/1999 (BRASIL, 1999a), que dispõe nos arts. 3º, 6º e 7º que “toda pessoa tem direito ao trabalho”, cabendo aos Estados-partes a adoção de “medidas que garantam” sua “plena efetividade”; deve-se agir para que o gozo do direito em questão ocorra “em condições justas, equitativas e satisfatórias”, garantidas pelas “legislações internas” dos signatários, em especial mediante o pagamento de “salário equitativo e igual por trabalho igual, sem nenhuma distinção” fundada em critério subjetivo e baseada em preconceito cultural – daí “o direito do trabalhador a promoção” laboral, consideradas tão somente “suas qualificações, competência, probidade e tempo de serviço”.

Nos termos dos arts. 2º e 3º do Protocolo de San Salvador (BRASIL, 1999a), os signatários comprometem-se a “adotar” quaisquer “medidas legislativas” necessárias para “garantir o exercício dos direitos” enunciados no Protocolo, entre os quais o de acesso e permanência no trabalho ou emprego, “sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza”, vedando-se, igualmente, a distinção baseada em “origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição”.

Desse modo, há a possibilidade de *reclamação* ou *queixa* diante do competente órgão da OIT porque os tratados internacionais indicados veiculam normas que reconhecem o direito à igualdade laboral, proibindo a discriminação para o acesso, o exercício e a permanência no trabalho, com estipulação da obrigação estatal de

formulação e implantação de política pública, programas e ações – entre as quais, as de natureza afirmativa –, para a busca da plena efetividade daquele direito (ARAUJO, 2021; BELTRAMELLI NETO; KLUGE, 2017) e a concretização de pleito jurisdicional, nos termos processuais cabíveis, em face da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) (MORAES; LEAL, 2022), a fim de que se cumpra o dever de obediência do Estado às disposições dos tratados internacionais dos quais é signatário.

Em tal contexto, Moscoso-Becerra (2019) lembra a possibilidade de “justiciabilidade direta” perante a Corte IDH daqueles direitos qualificados como sociais e detentores de natureza trabalhista veiculados por tratado internacional, segundo decidido por ela no caso *Lagos del Campo vs. Peru* (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2017), com fundamento nos arts. 26 e 29, *b e d*, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

A Corte IDH interpretou o art. 64 da CADH no Parecer Consultivo nº 1/82 (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1982), para afirmar sua competência decisória sobre o desrespeito a dispositivos de quaisquer tratados internacionais protetores de direitos humanos com base nos quais o Estado-membro da OEA seja acusado. Também no caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2006), a Corte decidiu pelo controle de convencionalidade de todas as normas do ordenamento jurídico de Estado submetido à sua jurisdição, embora o STF apenas aceite tal controle sobre normas de natureza infraconstitucional, como o exprimiu em decisão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153/DF (BRASIL, 2010).

4 Interpretação do Congresso Nacional, da Presidência da República e do Supremo Tribunal Federal sobre a discriminação etária laboral

É essencial a interpretação dos textos jurídicos constitucionais e supralegais realizada pelos três Poderes da República, uma vez que, ao anteceder a construção de norma detentora de natureza geral e impessoal ou de efeito *erga omnes*, tem o condão de obrigar seus destinatários, os quais, muitas vezes, são a totalidade da população residente no Brasil.

Por essa razão, bem como em decorrência do princípio fundamental da independência harmônica entre Legislativo, Executivo e Judiciário, expresso no art. 2º da CRFB (BRASIL, [2023a]), propugna-se a indispensabilidade da interpretação das normas constitucionais e supralegais realizada também por Legislativo e Executivo e não apenas pelo Judiciário,

aderindo-se à corrente doutrinária norte-americana em que pontificam Whittington (2001) e Fisher (2009). Eles lembram que a legitimidade do Judiciário ficará fragilizada e poderá haver resistências sociopolíticas às decisões jurisdicionais com a ocorrência do efeito *backlash*¹⁰, caso não se aceite a importância da interpretação feita pelo Legislativo e pelo Executivo.

O Congresso Nacional e a Presidência da República interpretam as normas constitucionais e as veiculadas por tratados internacionais de direitos humanos, não só quando da sua interiorização por decreto legislativo e decreto de promulgação, mas também no processo de elaboração e sanção ou veto de projeto de lei. Em relação ao tema da discriminação etária no contexto de contratação, atuação e demissão laboral, deve-se abordar o que dispõem as leis e, por conseguinte, elucidar o posicionamento desses Poderes. Por sua vez, o STF, órgão máximo do Judiciário, dá a conhecer seu entendimento quando da redação de acórdãos.

É possível verificar os posicionamentos do Congresso Nacional e da Presidência da República relativos ao etarismo laboral com a análise: a) do Decreto-lei nº 5.452/1943, que veicula a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) (BRASIL, [2023b]); b) da Lei nº 5.473/1968, que regula o provimento de cargos públicos (BRASIL, 1968); e c) da Lei nº 9.029/1995, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, além de outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho (BRASIL, [2015]).¹¹

A CLT (BRASIL, [2023b]), nos arts. 373-A, 461 e 510-B, aborda a problemática da discriminação fundada na idade, embora o faça de modo assistemático, pontual e superficial, demonstrando a intenção dos Poderes Legislativo e Executivo federais de tolher distinções injustas fundadas em *discrimen* meramente cultural decorrente de estereótipos ou preconceitos. O art. 373-A busca defender o acesso da mulher ao mercado de trabalho, proibindo, como regra, a publicação de anúncio de emprego com referência à idade, além de vedar a recusa de emprego ou a adoção de critério etário impeditivo ou *dificultador* de aprovação em concurso

¹⁰ O efeito *backlash* é uma reação social ou institucional contra uma decisão judicial, entendida como resultado do ativismo, sob a justificativa de que houve usurpação de competências do Legislativo ou do Executivo pelo Judiciário. Para melhor compreensão conceitual, pelos prismas sociológico e jurídico, ver o clássico estudo de Post e Siegel (2007) no contexto do constitucionalismo democrático.

¹¹ A preocupação de parte do Congresso Nacional relativa à busca da igualdade etária no contexto do trabalho é reforçada pela apresentação de proposições legislativas que têm abordado, embora superficial e incidentalmente, aspectos da discriminação laboral injustificada fundada no critério da idade. Exemplificam essa afirmação os Projetos de Lei (PLs) nºs 169/1999, 4.976/2020 e 1.328/2023 (BRASIL, 1999b, 2020a, 2023c), oriundos do Senado Federal, os quais, respectivamente, indicaram como objetivo normativo: o estímulo ao primeiro emprego após os quarenta anos; o acréscimo do art. 373-B à CLT, para estabelecer multa em favor da empregada se houver discriminação remuneratória; e a ampliação da criminalização de condutas discriminatórias e preconceituosas, inclusive as baseadas na idade, ainda que juridicamente contestável por ausência de tipicidade estrita.

público, bem como isonomia salarial com fundamento na idade. Por sua vez, o art. 461 requer que, “sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, corresponderá igual salário, sem distinção de [...] idade”. Finalmente, o art. 510-B afirma que, entre outras atribuições, a comissão de representantes de empregados deverá “assegurar tratamento justo e imparcial aos empregados, impedindo qualquer forma de discriminação por motivo de [...] idade”.

Por sua vez, o art. 1º, *caput*, da Lei nº 5.473/1968 (BRASIL, 1968), estabelece que “são nulas” quaisquer disposições normativas ou providências que criem discriminações entre os brasileiros para o acesso e exercício de cargo ou emprego público; no parágrafo único, afirma ser crime a conduta de “obstar ou tentar obstar”, por “qualquer forma”, o seu cumprimento, ações passíveis de “pena de prisão simples de 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa”.

A Lei nº 9.029/1995 (BRASIL, [2015]) proíbe “a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de [...] idade”, e estabelece que tal infração poderá ensejar a imposição de “multa administrativa de dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador”, a “proibição de obter empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais”, além do “direito à reparação pelo dano moral” cumulada com “a reintegração com ressarcimento integral de todo o período de afastamento” ou, a critério da vítima, “a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais” (arts. 1º, 3º e 4º).

Por conseguinte, é perceptível que os Poderes Legislativo e Executivo federais têm, via de regra, demonstrado sensibilidade quanto à questão da discriminação no contexto de acesso,

permanência e promoção trabalhistas. Todavia, é patente a assistemática, a incidentalidade, a secundariedade e a superficialidade, daí a insuficiência das normas jurídicas vigentes no País. Em outras palavras: não há sistema normativo veiculado em lei que expresse o conjunto de ações protetoras, objetivos e conteúdos educativos, sanções efetivas, além da adequada exigência de fiscalização do seu cumprimento, voltado em especial para o contexto laboral privado.

O STF igualmente tem-se posicionado acerca da discriminação etária para a admissão e permanência adequadas no trabalho, fazendo-o de maneira acertada, especialmente no âmbito de decisões afetas a concursos públicos. A Corte tem decidido reiteradamente pela inconstitucionalidade de norma que vede, com fundamento em limite de idade, a inscrição de quem deseje prestar concurso público de seleção de servidor ou empregado. Argumenta o STF que fere o art. 7º, XXX, da CRFB tal restrição geradora de prejuízo aos candidatos excluídos do certame com base na idade – salvo se a vedação se der pela incompatibilidade etária com a natureza das atribuições do cargo a ser preenchido. Veja-se, por exemplo, o Recurso em Mandado de Segurança (RMS) nº 21.046/RJ (BRASIL, 1990), o RE nº 156.404/BA (BRASIL, 1993) e a Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.329/DF (BRASIL, 2020b). Sobretudo, leia-se a Súmula nº 683 do STF, proferida após redação de Tese de Repercussão Geral na decisão do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 678.112/MG (BRASIL, 2013): “[o] limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido” (BRASIL, 2017b, p. 393).

O STF analisou também a alegação de inconstitucionalidade, fundada no art. 7º, XXX, da CRFB, referente à pretensa discriminação

laboral em programa demissional efetivado pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero), porque direcionado exclusivamente aos empregados com idade igual ou superior a 65 anos – logo, fundado no critério etário. Ao julgar o RE nº 179.193/PE, tendo por redator para o acórdão o ministro Moreira Alves, o STF decidiu por maioria de votos (7x4) pela “inexistência de ofensa ao artigo 7º, inciso XXX, da Constituição”, argumentando que “nem por interpretação extensiva, nem por aplicação analógica, se aplica à hipótese de dispensa de [empregado] que tem tratamento específico, no tocante a despedida discriminatória, no inciso I desse mesmo artigo”, o qual dá proteção contra “despedida arbitrária ou sem justa causa”, com a atuação complementar provisória do disposto “nos incisos I e II, do artigo 10, do ADCT” (BRASIL, 1996, p. 396).

Embora vencida – porque parece haver compreendido adequadamente a vontade sistêmica da CRFB de proteção da pessoa humana –, merece destaque a posição expressa por quatro ministros do STF, na esteira do voto do relator, ministro Ilmar Galvão, para considerar que

a Constituição, no art. 7º, inc. XXX, ao instituir a *proibição de qualquer discriminação, por motivo de idade, na adoção de critérios de admissão de trabalhador, também vedou, por razões de ordem teleológica, e lógica*, como sobejamente demonstrado nas excelentes razões do presente recurso, *qualquer discriminação no assento de critérios de despedida*, sob pena de estar-se diante de garantia suscetível de ser dada com uma mão e legitimamente retirada com a outra, o que, longe de constituir uma garantia, seria uma verdadeira falácia.

Na verdade, se a *finalidade da norma* sob enfoque, como parece indiscutível, é *impedir*, na medida do possível, a *exclusão dos idosos do mercado de trabalho*, não é difícil inferir que *esse efeito pode frustrar-se* tanto pela *recusa do emprego* quanto pela *despedida do empregado* (BRASIL, 1996, p. 405, grifos nossos).

Percebe-se, pois, que por maioria o STF se manifestou pela constitucionalidade de norma ensejadora de conduta que cerceie ou impeça, por discriminação etária injustificada – portanto, sem que haja dificuldade biológica –, o exercício de cargo ou acesso a função laboral; argumentou-se que o art. 7º, XXX, da CRFB, não é aplicável para a proteção do trabalhador discriminado por sua idade, e julgou ser constitucional programa de demissão estatal que tenha por fator de discrimen a idade. Em tal decisão equivocou-se a maioria dos ministros do STF. Considerado o atual contexto social e jurídico, de crescente discriminação injustificada fundada na idade, espera-se que o tribunal venha a alterar seu posicionamento quando de nova provocação.¹²

5 Conteúdos para uma lei de combate ao etarismo laboral

Em decorrência da parca eficácia protetiva do trabalhador contra a prática da discriminação laboral, resta saber de que maneira é possível contribuir para a proteção da dignidade da pessoa humana no contexto do trabalho, coibindo, tanto quanto possível, o etarismo.

Sob o enfoque positivo ou prestacional, essa proteção requer a implantação de política pública específica veiculada por lei, a fim de que detenha efetiva legitimidade democrática e se revista de eficácia ao estabelecer direitos e deveres, nos termos autorizados pela CRFB (art. 5º, II), bem como atue de modo a estimular a caminhada do Estado e da sociedade rumo a

¹² Com maior acerto parece julgar o Tribunal Superior do Trabalho (TST). Mediante “precedentes emanados de todas as turmas” que o integram, o TST tem reconhecido a inadmissibilidade de demissão fundada no critério da idade porquanto nula, segundo lembra o ministro Agra Belmonte ao relatar Agravo de Instrumento no Recurso de Revista nº 20665-84.2017.5.04.0008 (BRASIL, 2022b, p. 16), sob a óptica dos arts. 1º, I, 3º, IV, e 7º, XXX, da CRFB.

maior igualdade – o que, ademais, é objetivo fundamental da CRFB (art. 3º, I, III, IV (BRASIL, [2023a])).

Por conseguinte, em primeiro lugar, deve-se questionar sobre o órgão estatal detentor da iniciativa para a propositura de projeto de lei sobre o tema. A CRFB afirma que “compete privativamente à União legislar sobre” as matérias pertencentes ao “direito civil, comercial, penal, processual [...] e do trabalho” (art. 22, I). E expressa que, no âmbito da competência legislativa concorrente para tratar de temas sobre a “educação, cultura” ou “ensino”, cabe à União “estabelecer normas gerais” (art. 24, *caput*, IX e § 1º (BRASIL, [2023a])).

Também determina serem de “iniciativa privativa do Presidente da República as leis que” venham a dispor sobre a “organização administrativa e judiciária”, “serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios”, bem como “organização e Defensoria Pública da União”, “servidores públicos da União e Territórios” e “provimento de cargos”, além da outorga de “normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios” (art. 61, § 1º, II, b, c, d (BRASIL, [2023a])).

A CRFB determina que compete respectivamente à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal “dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços” (arts. 51, IV, e 52, XIII (BRASIL, [2023a])). Desse modo, a política pública de combate à discriminação etária nos contextos laborais dos setores público e privado poderá ter origem em projeto de lei que articule os esforços do Executivo e Legislativo federais – ainda que, segundo a CRFB (art. 59, VII) e nos termos de seus regimentos internos, caiba à Câmara dos Deputados e ao Senado tratar da sua gestão por meio de Resolução.

Além de atuação com efetividade pelo prisma positivo ou prestacional – mediante a previsão legal da formulação e execução de política pública que inclua a educação da população e um rol de ações afirmativas –, impõe-se ao Estado a obrigação de, por meio de lei e preponderantemente sob a óptica negativa e garantística, instituir tanto sanções para condutas ilícitas quanto estímulos aos comportamentos desejáveis relativamente à igualdade de tratamento.

Sob o enfoque prestacional (arts. 6º e 7º, XX, CRFB) e garantidor da liberdade de livre escolha e exercício “de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações” estabelecidas em lei (art. 5º, XIII, CRFB (BRASIL, [2023a])), o Estado deve enfrentar, entre outros, os seguintes temas: a) a conceituação de *etarismo* no contexto do trabalho; b) a *vedação* de práticas etárias discriminatórias e o estabelecimento de critérios e modalidades de sua fiscalização; c) a previsão de *sanções punitivas* às

pessoas naturais e jurídicas; d) a outorga de *sanções premiais* às pessoas jurídicas por suas boas práticas; e) a programação de ações especiais de natureza afirmativa em prol dos vulneráveis; f) a *abordagem educativa* do assunto, a ter lugar em todos os níveis de ensino; e g) o estímulo à pesquisa científica relacionada ao etarismo, incluída sua vertente laboral.

Ao conceituar o etarismo laboral, a lei preconizada explicará em que consiste a discriminação arbitrária ou sem base legal – e, pois, injustificada logicamente sob o prisma jurídico –, fundada no critério da idade para o acesso, a permanência e a demissão de emprego, cargo ou função pública ou privada; e, porque não arbitrária e justificável, a lei ressaltará a diferenciação em razão da natureza de certas atividades. Desse modo, a justificativa para a adoção do *discrimen* da idade não deverá fundar-se em estereótipos culturais preconceituosos nem depender exclusivamente do arbítrio de quem tenha poder para adotá-lo. Em harmonia com o argumento de Mello (2021, p. 31), ela deve delimitar o conteúdo jurídico do princípio da igualdade e afirmar que será válida uma discriminação se a) a “desequiparação” não atingir apenas um indivíduo de modo isolado, antes incidindo sobre pessoas que estejam em situação material diversa; e b) houver “correlação lógica”, fundada na proporcionalidade, entre a diferenciação e sua finalidade, desde que tal correlação tenha por fundamento uma “razão” constitucionalmente “valiosa para o bem público”.

A lei deverá não apenas proibir condutas que venha a considerar discriminatórias mas também prever a fiscalização garantidora de seu cumprimento, indicando modos de verificação e investigação de parâmetros para a atuação dos agentes públicos fiscalizadores. Deverá prever sanções punitivas para pessoas naturais ou jurídicas, tais como: multa; proibição de contratar com a Administração Pública; responsabilidade civil objetiva da pessoa jurídica por comportamento

discriminatório de empregado, preposto ou servidor, com direito de regresso contra esses, provada sua culpa; demissão a bem do serviço público pela prática de atos de etarismo laboral graves; e pena de reclusão quando de comprovada conduta discriminatória etária injustificada e danosa levada a cabo dolosamente. Além disso, devem-se outorgar sanções premiais às pessoas jurídicas por boas práticas, como abatimentos tributários ou isenções fiscais pela contratação de pessoas integrantes do grupo populacional vulnerável e comprovada realização de programa de (re) qualificação profissional destinada a esse público.

Igualmente, essa lei deverá abordar a implantação de ações especiais de natureza afirmativa em favor do grupo populacional vulnerável, tais como a garantia temporária de cotas em concursos públicos e empregos,¹³ objetivando a efetiva ocupação quantitativa de postos de trabalho nas pessoas jurídicas de modo proporcional ao seu número percentual em relação à totalidade da população economicamente ativa na localidade ou região,¹⁴ com punição pecuniária à empresa

¹³ Muitos estudiosos aceitam que a estipulação de cotas é importante mecanismo para a busca da igualdade a fim de (1) *reverter desvantagem ou desigualdade comprovada* e (2) *decorrente de hipossuficiência de grupo populacional* que sofre com (3) *distinção preconceituosa fundada em discrimen específico* – como é o caso dos que têm idade superior a 50 anos. A CRFB reconhece a importância dessa espécie de ação afirmativa ao dispor que “lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão” (art. 37, VIII (BRASIL, [2023a])). Com espírito semelhante, o art. 2º da EC nº 111/2021 estabelece que os votos dados a negros e mulheres serão contados em dobro para efeito da distribuição dos recursos do Fundo Partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanha nas eleições de 2022 e 2030 (BRASIL, 2021). O STF tem reconhecido a constitucionalidade de lei instituidora de cotas para o preenchimento de cargos e empregos estatais via concursos públicos, observadas as características acima indicadas, corroborando a interpretação da CRFB desenvolvida pelos Poderes Legislativo e Executivo quando da promulgação da Lei nº 12.990/2014 (BRASIL, 2014). Nesse sentido, veja-se a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 41/DF (BRASIL, 2017a).

¹⁴ Sugere-se, pois, a *inserção em lei do critério estatístico* como *indicador de existência de discriminação para acesso, promoção e permanência no trabalho* de modo a ensejar a responsabilidade objetiva da empresa ou organização por

por desequilíbrio etário no seu rol de empregados quando comparado com a composição da população em geral por faixa de idade, além de obstar a demissão imotivada e de incentivar a criação de programas públicos e privados de (re)qualificação laboral.

Impõe-se, por fim, a previsão na lei para a concretização transversal de abordagem educativa, em todos os níveis de ensino, que contribua para desmistificar o fenômeno do envelhecimento, tornando-o familiar às novas gerações e levando à conscientização das capacidades, habilidades, competências e oportunidades de contribuição da população com mais de 50 anos para o bem-estar e sustentabilidade sociais, com estímulos do Estado às pesquisas relacionadas ao etarismo, notadamente no contexto laboral.

6 Conclusão

Embora a consciência da necessidade de proteção do trabalhador esteja, em certa medida, na

grave desequilíbrio percentual entre o número de pessoas da faixa etária que integram a força economicamente ativa do município, região metropolitana ou estado-membro e a quantidade de empregados daquela idade lotados na pessoa jurídica empregadora. A adoção desse critério como prova de discriminação indireta relaciona-se com o desenvolvimento da Teoria do Impacto Desproporcional da atuação do Estado ao fazer leis e executar seus comandos, bem como das condutas levadas a cabo nas empresas privadas, tal como as aceitas nos Estados Unidos da América em relação à verificação da discriminação racial desde o caso *Griggs v. Duke Power Co.* (UNITED STATES, 1971). No Brasil, alguns estudiosos defendem a validade dos dados estatísticos como prova suficiente *per se* ou autônoma da discriminação indireta – decorrente de práticas aparentemente neutras, mas que prejudicam um indivíduo ou grupo específico de pessoas por determinada característica, como raça, religião ou idade, ainda que sem dolo – a ser, nessa condição, aceita processualmente, a exemplo de Varella (2009) e Carvalho Júnior e Lima (2019). Ademais, o próprio STF parece ter-se valido exclusivamente da comprovação decorrente de dados estatísticos para embasar a existência de discriminação racial e indicar a presença do fenômeno do racismo estrutural, embora assim tenha metodologicamente agido em sede de controle concentrado de constitucionalidade, quando do julgamento na ADC nº 41/DF desde o voto do relator, ministro Luís Roberto Barroso, acompanhado à unanimidade pelos demais julgadores (BRASIL, 2017a).

própria origem da noção de dignidade humana, a sua defesa e o amparo laboral do indivíduo têm gerado avanços com celeridade muito inferior ao desejável. De acordo com dados estatísticos, a exemplo do que acontece em outros países, há significativa discriminação fundada na idade para acesso, promoção e permanência no trabalho, em prejuízo dos cidadãos com mais de 50 anos – é o denominado *etarismo laboral*. Esse quadro é agravado pela inexistência de tratado internacional ou lei nacional que proteja de maneira profunda, específica e sistêmica o trabalhador contra essa espécie de discriminação.

Ao firmar a “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III) como um dos fundamentos do Estado democrático, a CRFB requer a efetivação da igualdade de oportunidades, inclusive no âmbito laboral, conforme os objetivos basilares da construção de uma “sociedade livre, justa e solidária”, da erradicação da pobreza e marginalização, redução “das desigualdades sociais” e promoção do “bem de todos, sem preconceitos” – como o baseado na idade (art. 3º, I, III e IV), vedando a discriminação etária no contexto do trabalho (art. 7º, XXX).

Os tratados internacionais de direitos humanos vigentes no território nacional também indicam a igualdade como um dos direitos humanos, inclusive no contexto do trabalho, a exemplo do que se firmou no Pacto dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, de 1966, no Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1988, e nas Convenções da OIT nºs 111, de 1958, 117, de 1962, 142, de 1975, e 168, de 1988.

A Convenção da OIT nº 111 possibilita que o Estado-parte indique quaisquer modalidades de discriminações nela não explicitadas e que sejam obstáculo à isonomia no contexto do trabalho, requerendo que o país-membro formule e execute política pública para a igualdade de oportunidades e de tratamento laboral. Mais

que isso: em decorrência de disposições veiculadas nos tratados internacionais mencionados, caso o Brasil não atue para a efetiva igualdade laboral, pode-se encaminhar queixa ou reclamação à OIT com base no descumprimento de suas convenções pelo Estado obrigado a observá-las, bem como se pode acionar a Corte IDH para que exerça controle de convencionalidade (em conformidade com o que ela decidiu no caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*), se o Estado-parte infringir quaisquer tratados internacionais de direitos humanos, segundo argumenta seu Parecer Consultivo nº 1/82.

Constatou-se que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário federais têm procurado atuar para a consecução da igualdade de oportunidades no âmbito do trabalho em favor dos cidadãos com maior idade e, pois, mais próximos da velhice, como o denotam o processo histórico de internalização de tratados de direitos humanos ora vigentes no País e a promulgação de leis levadas a cabo pela atuação do Congresso Nacional e da Presidência da República, além de alguns acórdãos pelo STF.

Contudo, é inequívoca a insuficiência da atuação até aqui realizada pelos três Poderes da República, haja vista o desequilíbrio na ocupação de vagas de trabalho; logo, a hipossuficiência e discriminação estatisticamente indicadas de grupo populacional adulto com idade superior a 50 anos, alvo de óbices relacionados ao acesso, à promoção e à permanência no trabalho. Isso porque, ao menos em parte, não há norma que sistemicamente o proteja do etarismo no contexto do trabalho. Desse modo, impõe-se o dever de elaboração e promulgação de lei que veicule política pública de proteção da isonomia laboral e possibilite a aplicação de sanções quando concretizadas quaisquer condutas nela tipificadas.

Uma atuação estatal eficaz pressupõe o estabelecimento de política pública que deverá abordar, entre outros, o conceito de etarismo no contexto do trabalho, a implantação de ações especiais em prol dos vulneráveis, a concretização de abordagem educativa transversal de conscientização da existência do etarismo laboral que perpassasse todos os níveis de ensino, assim como o estímulo à pesquisa científica relacionada ao fenômeno que abarque o acesso, a promoção e a permanência no trabalho (especialmente aquele com vínculo empregatício) dos indivíduos pertencentes ao grupo populacional hipossuficiente.

Para que tenha amplificada sua efetividade, tal política pública deverá ser complementada por normas legais que proíbam práticas etárias discriminatórias nelas tipificadas e que estabeleçam critérios e modalidades de fiscalização da obediência a essas vedações, com a previsão de sanções punitivas e premiaias que, respectivamente, busquem coibir as condutas indesejadas e estimular as boas práticas comportamentais para a promoção e o respeito da igualdade no contexto laboral.

Ao percorrer esse caminho, o Estado cumprirá alguns dos objetivos fundamentais de sua existência e estará, com a colaboração da sociedade, a atuar de modo a proteger do etarismo laboral um grupo populacional hipossuficiente, o que contribuirá para o desenvolvimento nacional e o bem-estar da sociedade e do cidadão.

Sobre o autor

Lelio Maximino Lellis é doutor e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, SP, Brasil; doutor em Língua Portuguesa pela PUC-SP, São Paulo, SP, Brasil; pós-doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; *visiting scholar* na Columbia University School of Law, Nova Iorque, EUA; professor do curso de graduação em Direito do Centro Universitário Adventista de São Paulo, Engenheiro Coelho, SP, Brasil.
E-mail: leliolellis.adv@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

LELLIS, Lelio Maximino. Por uma atuação eficaz do Estado contra o etarismo laboral. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 60, n. 239, p. 39-63, jul./set. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/239/ril_v60_n239_p39

(APA)

Lellis, L. M. (2023). Por uma atuação eficaz do Estado contra o etarismo laboral. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 60(239), 39-63. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/239/ril_v60_n239_p39

Referências

ARAUJO, Elizabeth Alice Barbosa Silva de. A eficácia do sistema de monitoramento da Organização Internacional do Trabalho no Brasil: o caso da reforma trabalhista. *Revista Themis*, Fortaleza, v. 19, n. 1, p. 75-100, jan./jun. 2021. DOI: <https://doi.org/10.56256/themis.v19i1.805>. Disponível em: <https://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/view/805>. Acesso em: 31 jul. 2023.

AYALON, Liat; TESCH-RÖMER, Clemens. Introduction to the section: ageism – concept and origins. In: _____ (ed.). *Contemporary perspectives on ageism*. Cham: Springer International Publishing, 2018. p. 1-10. (International Perspectives on Aging, v. 19). Disponível em: https://liatayalon.com/wp-content/uploads/2019/12/2018_Book_.pdf. Acesso em: 31 jul. 2023.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 2.

BELTRAMELLI NETO, Sílvio; KLUGE, Cesar Henrique. Controle de convencionalidade difuso e concentrado em matéria trabalhista nas perspectivas da OIT e do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. *Revista Direito e Justiça: reflexões sociojurídicas*, Santo Ângelo, RS, ano 17, n. 28, p. 105-131, maio 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.31512/rdj.v17i28.2059>. Disponível em: http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/view/2059. Acesso em: 31 jul. 2023.

BOISSONNADE, Prosper. *Life and work in medieval Europe: (fifth to fifteenth centuries)*. Translated by Eileen Power. London: K. Paul, Trench, Trubner & Co.; New York: A. A. Knopf, 1927.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2023a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 jul. 2023.

_____. *Decreto-lei nº 5.452, de 1ª de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2023b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 31 jul. 2023.

_____. *Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 31 jul. 2023.

_____. *Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999*. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de São Salvador”, concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. Brasília, DF: Presidência da República, 1999a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3321.htm. Acesso em: 31 jul. 2023.

_____. *Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019*. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho – OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2019a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d10088.htm. Acesso em: 31 jul. 2023.

_____. *Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019*. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Brasília, DF: Presidência da República, 2019b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 31 jul. 2023.

_____. *Emenda Constitucional nº 111, de 28 de setembro de 2021*. Altera a Constituição Federal para disciplinar a realização de consultas populares concomitantes às eleições municipais, dispor sobre o instituto da fidelidade partidária [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc111.htm. Acesso em: 31 jul. 2023.

_____. *Lei nº 5.473, de 10 de julho de 1968*. Regula o provimento de cargos e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15473.htm. Acesso em: 31 jul. 2023.

_____. *Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995*. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19029.htm. Acesso em: 31 jul. 2023.

_____. *Lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003*. Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2022a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm. Acesso em: 31 jul. 2023.

_____. *Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014*. Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações

públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12990.htm. Acesso em: 31 jul. 2023.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 169, de 1999*. Institui estímulo ao primeiro emprego e ao emprego após os 40 anos de idade e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 1999b. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3410164&ts=1630408891986&disposition=inline>. Acesso em: 31 jul. 2023.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 1.328, de 2023*. Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, para incluir abrangência à discriminação por origem, gênero, contra pessoas com deficiência ou de qualquer natureza. Brasília, DF: Senado Federal, 2023c. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9294301&ts=1683669936719&disposition=inline>. Acesso em: 31 jul. 2023.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 4.976, de 2020*. Acrescenta o art. 373-B à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para estabelecer multa em favor da empregada em caso de discriminação remuneratória. Brasília, DF: Senado Federal, 2020a. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8901179&ts=1674176719722&disposition=inline>. Acesso em: 31 jul. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41/DF*. Direito constitucional. Ação direta de constitucionalidade. Reserva de vagas para negros em concursos públicos. Constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. Procedência do pedido [...]. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Roberto Barroso, 8 de junho de 2017a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>. Acesso em: 31 jul. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 5.329/DF*. Direito constitucional. Regime jurídico da magistratura. Lei de organização judiciária do Distrito Federal e dos Territórios. Inconstitucionalidades formal e material na previsão de requisitos de faixa etária para o ingresso na carreira (art. 52, V, da Lei 11.697/2008). Reserva de lei complementar (CF, art. 93, I). Desproporcionalidade e quebra da isonomia [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Alexandre de Moraes, 15 de dezembro de 2020b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755115566>. Acesso em: 31 jul. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF*. Lei n. 6.683/79, a chamada “Lei de Anistia” [...]. Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997 que define o crime de tortura. Artigo 5º, XLIII da Constituição do Brasil. Interpretação e revisão da Lei da Anistia. Emenda Constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985, Poder Constituinte e “auto-anistia”. Integração da anistia da Lei de 1979 na nova ordem constitucional [...]. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Arguidos: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Eros Grau, 29 de abril de 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 31 jul. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso em Mandado de Segurança nº 21.046/RJ*. Concurso público: indeferimento de inscrição fundada em imposição legal de limite de idade, que configura, nas circunstâncias do caso, discriminação inconstitucional (CF, arts. 5º e 7º, XXX): segurança concedida [...]. Recorrente: Eliane de Azevedo do Vale Ferreira. Recorrido: Superior Tribunal Militar. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 14 de dezembro de 1990. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=115528>. Acesso em: 31 jul. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Recurso Extraordinário nº 156.404/BA*. Concurso público: indeferimento de inscrição fundada em imposição legal de limite de

idade, que configura, nas circunstâncias do caso, discriminação inconstitucional (CF, arts. 5º e 7º, XXX): segurança concedida [...]. Recorrente: União Federal. Recorrida: Elvarlinda Jardim Melo. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 24 de agosto de 1993. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=212101>. Acesso em: 31 jul. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário nº 179.193/PE*. Recurso extraordinário. Dispensa de emprego. Adoção, dentre outros critérios de dispensa pela necessidade de reduzir seu quadro, da idade de 65 anos por terem os empregados com essa idade direito a aposentadoria independentemente de tempo de serviço, o que não acontece com os de idade mais baixa [...]. Inexistência de ofensa ao artigo 7º, XXX, da Constituição [...]. Recorrente: Fernando Ramos Pereira. Recorrida: Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – Infraero. Relator: Min. Ilmar Galvão. Redator para o acórdão: Min. Moreira Alves, 18 de dezembro de 1996. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=224314>. Acesso em: 31 jul. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário nº 349.703/RS*. Prisão civil do depositário infiel em face dos tratados internacionais de direitos humanos. Interpretação da parte final do inciso LXVII do art. 5º da Constituição brasileira de 1988. Posição hierárquico-normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro [...]. Recorrente: Banco Itaú S/A. Recorrido: Armando Luiz Segabinazzi. Relator originário: Min. Carlos Britto. Relator para o acórdão: Min. Gilmar Mendes, 3 de dezembro de 2008a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>. Acesso em: 31 jul. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário nº 466.343/SP*. Prisão civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido [...]. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso, 3 de dezembro de 2008b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 31 jul. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº 678.112/MG*. Recurso extraordinário com agravo. Constitucional e administrativo. Concurso público. Limitação de idade fixada em edital. Policial civil. Art. 7º, XXX, da Constituição Federal. Agravo conhecido para negar provimento ao recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Reafirmação de jurisprudência. Recorrente: Ademir dos Santos Ferreira. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Luiz Fux, 25 de abril de 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3791863>. Acesso em: 31 jul. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula do STF*. [Brasília, DF]: STF, 2017b. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf. Acesso em: 31 jul. 2023.

_____. Tribunal de Contas da União. *Referencial de controle de políticas públicas*. Brasília, DF: TCU, 2020c. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/EF/22/A4/9A/235EC710D79E7EB7F18818A8/1_Referencial_controle_politicas_publicas.pdf. Acesso em: 31 jul. 2023.

_____. Tribunal Superior do Trabalho (8. Turma). *Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 20665-84.2017.5.04.0008*. Acórdão do Regional publicado sob a égide da Lei 13.467/2017 [...]. Dispensa coletiva baseada em critério de aposentadoria e aptidão para a aposentadoria [...]. São notórios a ilegalidade e o abuso de direito no ato perpetrado [...] impondo a declaração de sua nulidade [...]. Agravante/Recorrente: Carlos Eduardo Fernandes Alfama. Agravada/Recorrida: Companhia Estadual de Distribuição de Energia Elétrica – CEEE-D. Relator: Min. Alexandre Agra Belmonte, 15 de junho de 2022b. Disponível em: <https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=20665&digitoTst=84&anoTst=2017&orgaoTst=5&tribunalTst=04&varaTst=0008&submit=Consultar>. Acesso em: 31 jul. 2023.

BRATT, Christopher; ABRAMS, Dominic; SWIFT, Hannah J.; VAUCLAIR, Christin-Melanie; MARQUES, Sibila. Perceived age discrimination across age in Europe: from an ageing society to a society for all ages. *Developmental Psychology*, Washington, DC, v. 54, n. 1, p. 167-180, 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.1037/dev0000398>. Disponível em: <https://psycnet.apa.org/fulltext/2017-47508-001.html>. Acesso em: 31 jul. 2023.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2014. (Série IDP).

CARVALHO JÚNIOR, Pedro Lino de; LIMA, Camilla Mello e. Discriminação e relações de trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região*, Brasília, DF, v. 23, n. 1, p. 13-25, jun. 2019. Disponível em: <https://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/271>. Acesso em: 31 jul. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Jueces: Sergio García Ramírez, Presidente, *et al.*, 26 de septiembre de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em: 31 jul. 2023.

_____. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Jueces: Roberto F. Caldas, Presidente, *et al.*, 31 de agosto de 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf. Acesso em: 31 jul. 2023.

DIEESE. *Perfil das pessoas com 60 anos ou mais*. [São Paulo]: Dieese, [2021]. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/outraspublicacoes/2021/graficoPerfil60AnosMais.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2023.

DURÃO, Mário. Discriminação em razão da idade: estereótipos na comunicação social. *RECIMA21 – Revista Científica Multidisciplinar*, Jundiaí, v. 3, n. 5, p. 1-32, maio 2022. DOI: <https://doi.org/10.47820/recima21.v3i5.1485>. Disponível em: <https://recima21.com.br/index.php/recima21/article/view/1485>. Acesso em: 31 jul. 2023.

FISHER, Louis. *The Supreme Court and Congress: rival interpretations*. Washington, DC: CQ Press, 2009. (Supreme Court's Power in American Politics).

FREITAS, Igor Vilas Boas de; TANCREDI, Márcio; CAVALCANTE FILHO, João Trindade; MENEGUIN, Fernando B. *Avaliação de políticas públicas no Senado Federal: proposta de abordagem*. Brasília, DF: Senado Federal, ago. 2013. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/avppsf/avaliacao-de-politicas-publicas-no-senado-federal-1>. Acesso em: 31 jul. 2023.

HANASHIRO, Darcy Mitiko Mori; PEREIRA, Marie Françoise Marguerite Winandy Martins. O etarismo no local de trabalho: evidências de práticas de “saneamento” de trabalhadores mais velhos. *RGO – Revista Gestão Organizacional*, Chapecó, v. 13, n. 2, p. 188-206, maio/ago. 2020. DOI: <https://doi.org/10.22277/rgo.v13i2.5032>. Disponível em: <http://bell.unochapeco.edu.br/revistas/index.php/rgo/article/view/5032>. Acesso em: 31 jul. 2023.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Advisory Opinion OC-1/82*. Question to the Court concerning article 64 of the American Convention on Human Rights. Requested by Peru. Judges: Carlos Roberto Reina, President, *et al.*, September 24, 1982. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_ing1.pdf. Acesso em: 31 jul. 2023.

LAHEY, Joanna N. International comparison of age discrimination laws. *Research on Aging*, London, v. 32, n. 6, p. 679-697, Nov. 2010. DOI: <https://doi.org/10.1177/0164027510379348>.

MASTRODI, Josué; IFANGER, Fernanda Carolina de Araujo. Sobre o conceito de políticas públicas. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 24, n. 9, p. 5-18, set./dez. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2019.v24i9.5702>. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/5702>. Acesso em: 31 jul. 2023.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 4. ed. Salvador: JusPODIVM; São Paulo: Malheiros, 2021.

MORAES, Maria Valentina de; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Casos Lagos del Campo x Acevedo Buendía: nova interpretação de Corte Interamericana de Derechos Humanos quanto à justiciabilidade dos direitos sociais? *Revista Direito Público*, Brasília, DF, v. 19, n. 104, p. 399-425, out./dez. 2022. DOI: <https://doi.org/10.11117/rdp.v19i104.6526>. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/6526>. Acesso em: 31 jul. 2023.

MORGESON, Frederick P.; REIDER, Matthew H.; CAMPION, Michael A.; BULL, Rebecca A. Review of research on age discrimination in the employment interview. *Journal of Business and Psychology*, New York, v. 22, n. 3, p. 223-232, Mar. 2008. DOI: <https://doi.org/10.1007/s10869-008-9066-0>.

MOSCOSO-BECERRA, Gerson. La justiciabilidad directa de los derechos laborales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Dikaion*, Chía, CO, año 33, v. 28, n. 2, p. 385-403, dic. 2019. DOI: <https://doi.org/10.5294/dika.2019.28.2.7>. Disponível em: <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/9764>. Acesso em: 31 jul. 2023.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. [S. l.: s. n., 1948]. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2023.

NERY, Pedro Fernando; TENOURY, Gabriel Nemer; SHIKIDA, Claudio. Probabilidade de desemprego por faixa etária: implicações para idade mínima e políticas de emprego. *Senado Federal: textos para discussão*, Brasília, DF, n. 253, p. 1-51, nov. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td253>. Acesso em: 31 jul. 2023.

PARADELLA, Rodrigo. Número de idosos cresce 18% em 5 anos e ultrapassa 30 milhões em 2017. *Agência IBGE Notícias*, [s. l.], 1^a out. 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20980-numero-de-idosos-cresce-18-em-5-anos-e-ultrapassa-30-milhoes-em-2017>. Acesso em: 31 jul. 2023.

PEREIRA, Renée. Desemprego assombra mais jovens e geração acima de 50 anos, diz estudo. *CNN Brasil*, [s. l.], 27 jun. 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/economia/desemprego-assombra-mais-jovens-e-geracao-acima-de-50-anos-diz-estudo/>. Acesso em: 31 jul. 2023.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Cambridge, MA, v. 42, n. 2, p. 373-433, June 2007. Disponível em: http://web.archive.org/web/20100215023412/http://www.law.harvard.edu/students/orgs/crcl/vol42_2/CRCL422.pdf. Acesso em: 31 jul. 2023.

RAMALHO, Juliana. A cada 21 segundos nasce um 50+ no Brasil. Sorte das PMEs. *Exame*, [s. l.], 13 maio 2022. Disponível em: <https://exame.com/bussola/a-cada-21-segundos-nasce-um-50-no-brasil-sorte-das-pmes/>. Acesso em: 31 jul. 2023.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

UNITED STATES. *Declaration of Independence*. Adopted by Congress on July 4, 1776. [College Park, MD]: National Archives, [1776]. Disponível em: <https://www.archives.gov/founding-docs/declaration-transcript>. Acesso em: 31 jul. 2023.

_____. Supreme Court. *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971). Even if there is no discriminatory intent, an employer may not use a job requirement that functionally excludes members of a certain race if it has no relation to measuring performance of job duties. Testing or measuring procedures cannot be determinative in employment decisions unless they have some connection to the job. March 8, 1971. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/401/424/>. Acesso em: 31 jul. 2023.

VARELLA, Santiago Falluh. *Discriminação racial indireta e ação afirmativa no emprego sob a perspectiva dos direitos coletivos*. 2009. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade de

Brasília, Brasília, DF, 2009. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/6425>. Acesso em: 31 jul. 2023.

VASCONCELOS, Anselmo Ferreira. Organizations workforce demographic age preferences: multiple case studies from Brazil. *Journal of Management Development*, Bingley, UK, v. 35, n. 3, p. 406-427, Apr. 2016. DOI: <https://doi.org/10.1108/JMD-08-2015-0111>.

WHITTINGTON, Keith E. *Constitutional construction: divided powers and constitutional meaning*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2001.

A construção jurídico-dogmática do Direito Policial na Alemanha e no Brasil

Esforços teóricos sobre prevenção do perigo no século XXI

PEDRO DE OLIVEIRA ALVES

Resumo: O artigo investiga a possibilidade de reconstrução de uma dogmática jurídica especializada em medidas preventivas para a contenção de perigos aos direitos fundamentais no contexto brasileiro. O ponto de partida da abordagem é a compreensão de potencialidades do Direito Comparado para reflexões em torno da segurança pública e da atividade policial. Na primeira parte, realiza-se uma análise histórico-descritiva da teoria germânica do Direito Policial e da Ordem Pública (*Polizei- und Ordnungsrecht*), e exploram-se fatores históricos, culturais e jurídicos. Em seguida, desenvolve-se a análise crítica das experiências doutrinárias no Brasil a respeito da polícia. Desse modo, visualizam-se a formação histórica e as principais características de um ramo jurídico especializado na análise de medidas de prevenção do perigo. Entre outros resultados, o estudo contribui para a compreensão do estado da arte teórica do Direito Policial no contexto jurídico brasileiro e para a construção de um programa de pesquisa.

Palavras-chave: dogmática jurídica; Direito Policial; Direito Comparado; prevenção do perigo.

The legal construction of Police Law in Germany and Brazil: theoretical efforts about prevention of danger in the 21st century

Abstract: The article investigates the issue of a possible reconstruction of a legal dogmatics about preventive measures to contain dangers to fundamental rights in the Brazilian context. The starting point of the approach is the understanding of the potential of Comparative Law for reflections on public security and police activity. In the first part,

Recebido em 27/2/23

Aprovado em 22/5/23

a historical-descriptive analysis of the German theory of Police Law and Public Order (*Polizei- und Ordnungsrecht*) is carried out, exploring historical, cultural and legal factors. Then, it develops a critical analysis of doctrinal experiences in Brazil regarding the police. In this way, the historical formation and the main characteristics of a legal branch specialized in the analysis of danger prevention measures are visualized. Among the results, the study contributes to the understanding of the theoretical state of the art of Police Law in the Brazilian legal context and to the construction of a research program.

Keywords: legal dogmatics; Police Law; Comparative Law; prevention of danger.

1 Introdução

Em 8/1/2023, milhões de brasileiros acompanharam a invasão e a depredação das sedes dos Três Poderes. Diante do ocorrido, surgem naturalmente discussões sobre a investigação dos delitos, a persecução penal dos responsáveis e a reparação dos danos causados. No entanto, há uma questão: antes de ocorrerem a invasão e a vandalização do patrimônio público, a dogmática jurídica brasileira já forneceria fundamentos para medidas preventivas?

As respostas preliminares apontam para caminhos administrativos de precaução, de acordo com as informações disponibilizadas por órgãos de inteligência. Ou, de acordo com o caso, pelo Processo Penal, em se tratando de condutas criminosas em curso. No caso da primeira opção, há diferentes modelos estrangeiros em torno de uma questão central: compreender o que é a atividade policial em sentido material e como o Direito pode fornecer ferramentas para a orientação prática de medidas de prevenção e contenção de danos à ordem pública.

De modo mais específico, este artigo busca responder à seguinte pergunta: observando-se a prática germânica da dogmática do Direito Policial e as experiências doutrinárias no Brasil a respeito da atuação policial, é possível construir caminhos para a reelaboração da dogmática jurídica, com a finalidade de aprimorar os critérios jurídicos para medidas de prevenção a danos?

Com base na metodologia hipotético-dedutiva de Popper (1982), parte-se de um problema específico, constrói-se uma hipótese falseável que possa ser discutida e desafiada por dados e argumentos contrários.

Esse tipo de raciocínio, típico do que o filósofo chamou de *uma abordagem crítica*, tem o objetivo de reconhecer que existem problemas a serem solucionados e que o objetivo da ciência é oferecer as melhores respostas possíveis no atual estágio de conhecimento. Não são, portanto, soluções definitivas, mas cooperam para o desenvolvimento do debate.

No caso deste artigo, a hipótese que estrutura a pesquisa pode ser elaborada da seguinte forma: a construção de um Direito Policial como área jurídico-dogmática autônoma, nos moldes alemães, é inviável e incompatível com a teoria administrativista brasileira.

Essa hipótese não se confunde com a conclusão, pois é apenas ponto de partida para o debate. Ao final, poderá ser corroborada ou refutada. Entende-se que tal conjectura é refutável, pois a (in)viabilidade teórica pode ser sempre desafiada por elementos empíricos e lógicos. No caso específico, a hipótese contrasta com a teoria brasileira da polícia administrativa.

Inicialmente, o artigo oferece uma visão geral de uma problemática social: o dever estatal de garantir a segurança da ordem pública democrática, dos indivíduos, dos direitos fundamentais e dos demais bens jurídicos tutelados pelo ordenamento.

Na sequência, o estudo debruça-se sobre a dogmática germânica. O debate comparativo teuto-brasileiro pressupõe o entendimento mínimo do Direito em seu respectivo contexto histórico-cultural. Por isso, considerando que o tema ainda é pouco conhecido no Brasil, o artigo explora: (a) a formação histórica das polícias no espaço europeu (franco-germânico); (b) a diferenciação da polícia alemã por fatores histórico-culturais; e (c) a evolução histórica da dogmática jurídica especializada do Direito Policial no contexto germânico. Com isso, é possível compreender em que termos a hipótese da pesquisa é discutida.

Na terceira seção, reflete-se sobre os desafios e caminhos possíveis para a experiência brasileira, tema que se subdivide em: (a) a recepção brasileira da teoria do poder de polícia; (b) a ausência total ou parcial de dogmática jurídica do Direito Policial; e (c) tendências e desafios do Direito Policial no século XXI.

Finaliza-se com as conclusões sobre a possibilidade ou a inviabilidade de uma proposta semelhante à alemã no contexto brasileiro.

Esta pesquisa é recorte de um projeto mais amplo sobre a segurança na Teoria do Estado. Nas considerações finais, são apresentadas razões para a importância da continuação dos debates tanto no espaço acadêmico quanto em outras esferas de discussão.

2 Reflexões sobre uma problemática específica: como a dogmática jurídica pode orientar a aplicação do Direito em casos de perturbação da ordem pública e prevenção do perigo?

Nesta seção, pretende-se detalhar um pouco mais a importância da discussão em torno das funções da dogmática jurídica em face dos problemas de contenção do perigo e segurança pública.

Quando se fala em dogmática jurídica, ainda há algumas impropriedades, como se se tratasse de um saber legalista, fechado ao mundo e escravo de uma literalidade objetiva. Engländer (2017, p. 113-121) explica que, como disciplina central da ciência jurídica, a dogmática não se esgota na descrição do direito estatal, pois funciona como disciplina prática que orienta a tomada de decisão adequada dos órgãos deliberativos. Funciona, portanto, como catalisador da sistematização e desenvolvimento do Direito. Schlink (1971, p. 47) aponta que a dogmática do Direito (*Rechtsdogmatik*) se refere ao sistema

de conceitos baseado em determinado sistema jurídico positivo, de modo que se possa decidir se certo desenvolvimento teórico do conceito é adequado ou não.

Portanto, trata-se de um conhecimento prescritivo para orientar a adequada prática jurídica das autoridades competentes. Todo e qualquer problema social que passe a ser considerado relevante para o Direito positivo também deve ser objeto de discussões sobre a qualidade desse Direito. Contudo, não se trata de um exame sobre a opinião legislativa, pois as opções estão postas pela autoridade política e devem ser respeitadas na aplicação jurisdicional, uma vez que tais normas sejam material e formalmente válidas no ordenamento jurídico. No entanto, esse exame de qualidade deve ser entendido como a busca pela interpretação mais satisfatória e tecnicamente congruente às balizas jurídicas.

Em tempos de novas tecnologias de informação e comunicação, a hiperconexão entre as pessoas acarreta desafios inéditos à ordem pública democrática e à segurança dos indivíduos, das instituições estatais e dos direitos fundamentais tutelados pelo texto constitucional (POSCHER, 2016, p. 60-62). Nesse cenário, a sociedade brasileira continua acompanhando notícias diárias sobre a atividade policial, a discricionariedade estatal e, mais recentemente, sobre as ameaças aos Poderes democráticos constituídos.

Diante dessas questões, é preciso manter abertura cognitiva para observar os diferentes âmbitos da sociedade e analisar também como problemas semelhantes estão sendo solucionados em outros locais.

Merece atenção a tradição desenvolvida na Alemanha – ao menos desde o século XVIII – em relação à prevenção e à contenção do perigo à ordem pública. Argumenta-se que, com o passar do tempo, a atividade policial moderna foi ressignificada para toda e qualquer atuação de contenção de perigos à segurança, à ordem e a

bens jurídicos dos indivíduos. Aos poucos, foi construída uma dogmática jurídica especializada denominada *Direito Policial* ou *Direito Policial e Ordenador* (*Polizei- und Ordnungsrecht*). A questão ganhou tamanha relevância que se tornou disciplina autônoma e fundamental em todos os cursos jurídicos das universidades alemãs (KINGREEN; POSCHER, 2022; KUGELMANN, 2012).

Não se parte aqui do pressuposto de que em qualquer sociedade humana exista um modelo “perfeito” de defesa e proteção social, mas sim de que modelos jurídicos melhores podem ser buscados. Como todas as instituições, esses modelos sempre estarão abertos à crítica (ALBERT, 2013, p. 89). Nesse cenário busca-se compreender melhor os pressupostos teóricos e jurídicos dessa formulação.

Em caminho diferente, os franceses desenvolveram a importante distinção entre polícia administrativa e polícia judiciária, de modo a facilitar a visualização de diferentes modalidades e poderes policiais de acordo com seu caráter preventivo ou repressivo (REGO, 1857, p. 103). Conforme será discutido mais à frente, grande parte dos autores franceses influenciou o pensamento jurídico brasileiro na época do Império, durante as primeiras décadas do ensino jurídico nacional. E isso repercute em muitas questões nacionais sobre como o Direito brasileiro trata a atividade policial. No entanto, a teoria do poder de polícia (*police power*), influenciada pelas discussões inglesas e consolidada na jurisprudência norte-americana, alterou substancialmente o debate nacional ao longo do século XX (MEDAUAR, 1995).

O primeiro desafio deste artigo é compreender melhor a linha evolutiva dos argumentos germânicos e o modo de “composição” da literatura nacional, de maneira que seja possível comparar as duas construções e refletir sobre as potencialidades de medidas para a contenção

de riscos à democracia e aos direitos fundamentais. Pretende-se explorar a evolução histórica e doutrinária do Direito Policial na tradição alemã, assim como compreender, de modo mais detalhado, a construção brasileira da teoria do poder de polícia, especialmente no que se refere às influências francesa e norte-americana.

A comparação é crucial para a reflexão sobre os problemas nacionais, o que não significa perda de autonomia do Direito brasileiro ou algum tipo de “colonização” do conhecimento. Desde já, estabelece-se a premissa de que os distintos ordenamentos jurídicos não devem ser vistos como superiores ou inferiores, mas como formas diversas de lidar com problemas semelhantes. Ao conhecer tais experiências, podemos compreender melhor a formação das ideias jurídicas nacionais (quando há uma influência histórica identificável) e avaliar criticamente novas potencialidades da dogmática jurídica nacional.

3 A dogmática germânica do Direito Policial como resposta ao problema da vigilância de riscos à ordem pública

3.1 A formação histórica das polícias no continente europeu

As palavras *polícia* e *política* originam-se do grego *politeia*, no latim *politia*. Um relevante conceito formal de *polícia* é relativo à institucionalização de órgãos policiais, suas competências e seus poderes, assim como também há um importante conceito material da atividade policial, um dos principais temas enfocados neste artigo. Na atualidade, afirma-se que o conteúdo e a finalidade material da atividade policial estão ancorados na tarefa de evitar e conter perigos ou ameaças aos bens jurídicos tutelados pelo Estado, qualquer que seja a área social em perigo (KUGELMANN, 2012, p. 30). Todavia, como essa concepção foi construída na história europeia?

Segundo Jellinek (1931, p. 423), é possível encontrar, no final da Idade Média, a palavra francesa *police* e depois a palavra alemã *Polizey* relacionadas à boa ordem a ser administrada pelas autoridades políticas. Naquele período histórico, havia a ideia de que o Príncipe deveria usar todos os meios possíveis para o bem-estar do público em geral e dos indivíduos, de modo que o conceito de polícia se expandia quase incomensuravelmente para todos os setores administrativos. Assim, falava-se em *ius polittiae*, Direito Policial (*Polizeirecht*). Inicialmente, apenas as relações exteriores (segurança externa) e, mais tarde, o judiciário, as finanças e o exército foram excluídos do conceito. Assim, o termo era tão amplo que não se

limitava à manutenção da ordem, mas incluía também todo o sistema de assistência social e organização da comunidade.

Kugelmann (2012, p. 23-24) aponta que, no contexto germânico da segunda metade do século XVI, surgiram significativos regulamentos da polícia imperial em 1530, 1548 e 1577. Eles normatizavam áreas muito amplas da segurança pública e do bem-estar; incluíam regras sobre monopólios, direitos alfandegários, preços e interesses econômicos, bem como regulamentos sobre o exercício de profissão, religião e moralidade. Esses antigos regulamentos policiais germânicos do século XVI tratavam, nas palavras de Kingreen e Poscher (2022, p. 1-3), de todas as áreas da vida social (*alle Lebensbereiche*). Até mesmo assuntos de Direito privado, como propriedade e Direito Sucessório. Desse modo, o Estado tinha também o papel social de promover o bem-estar de todos, e isso repercutiu fortemente na função policial.

Ao final da Idade Média, a configuração política do Estado (absoluto) era de um Estado policial (*Der Staat war Polizeistaat*). Posteriormente, com a concepção liberal, o Estado policial transformou-se num “Estado vigia noturno” – responsável pela vigilância e segurança da comunidade. Era uma mudança contextualizada nos movimentos iluministas europeus que pugnavam pela limitação do poder estatal. A tarefa das polícias não seria mais coordenar a vida social, mas garantir a segurança interna e externa (KUGELMANN, 2012, p. 23-24).

Ao analisar as obras de Otto Mayer e Jean-Louis Mestre, Medauar (1995) registrou dados semelhantes: nas antigas comunas europeias da Idade Média já se organizavam polícias nas atividades de comércio, nas regras sanitárias, no exercício de profissões, além das licenças de construção e várias outras situações relacionadas à ordem pública. É exatamente por

isso que se fala em “Estado policial” no início dos Estados nacionais europeus, pois o mundo administrativo girava em torno da atividade policial. Aliás, a expressão *Estado de Direito* (*Rechtstaat*) – defendida por Robert von Mohl (1833) e por Otto Mayer (1895) – é construída justamente nesse contexto de repulsa ao antigo Estado policial (*Polizeistaat*).

Com base em *Elementa iuris publici Germanici*, de Johann Stephan Pütter, sustentou-se que a atividade policial não deveria lidar com temas de atuação social (*Wohlfahrtswesen*) (PÜTTER, 1754). O papel da polícia seria negativo: evitar o caos, o perigo, a desordem. Pütter também defendeu a diferenciação entre Direito Constitucional e Direito Administrativo, e foi uma das principais influências para a *Lei Geral de Terras* da Prússia, de 1794, uma das primeiras a apresentar uma concepção restrita da atividade policial. Houve, portanto, um processo histórico de limitação das autoridades policiais às tarefas relativas à garantia da segurança e da ordem.

Apesar de restrita à garantia da segurança e da ordem, a atuação policial ainda é muito ampla, abrangendo setores diversos, como vigilância florestal, controle de pragas, construção e urbanismo (incluindo demolições e licenças administrativas), desastres naturais, trânsito, controle de doenças, inspeção de alimentos, caça e pesca, sistema médico-hospitalar, entre outros, e até a polêmica polícia moral (*Sittenpolizei*) com atuação em jogos lúdicos, embriaguez e práticas sexuais inapropriadas (JELLINEK, 1931, p. 431-500). Por isso, a divisão entre polícia de segurança (reunião, imprensa) e polícia da administração (florestas, trilhas). Se há risco a bens jurídicos, haverá a possibilidade de ação policial.

O julgamento do caso *Kreuzberg* pelo Tribunal Superior Administrativo da Prússia em 14/6/1882 é paradigmático no cenário alemão (KUGELMANN, 2012, p. 25; KINGREEN; POSCHER, 2022, p. 5). No caso concreto,

discutia-se a possibilidade de atuação policial para recusar a licença de construção de um edifício residencial que restringia a visibilidade de um importante monumento histórico. Visto que não se tratava da tarefa de “contenção do perigo”, mas apenas de uma questão regulatória social relacionada à estética do ambiente urbano, o Tribunal entendeu que a atividade policial não teria tal poder. Com efeito, as questões típicas de cuidados sociais (*Wohlfahrtspflege*) foram excluídas do Direito Policial. Nesse contexto, o Tribunal da Prússia também desenvolveu os limites da atuação policial de acordo com o critério da proporcionalidade (KINGREEN; POSCHER, 2022, p. 5).

Com o passar do tempo, surgem formulações como a de Otto Mayer, que entende o poder de polícia relacionado a um “dever” dos indivíduos: não perturbar a ordem pública. Mayer (1895, p. 245-247) descreve a polícia como uma atividade administrativa especial, e o poder de polícia – ou a violência policial (*Polizeigewalt*) – como a manifestação do poder público peculiar dessa atividade. Após o advento do sistema constitucional de Estado de Direito, a polícia recebeu um sentido mais específico.

Assim como outros, o conceito de atuação policial sofreu obviamente transformações no decorrer da história. Como visto, no século XIX houve um esforço para reduzir essa atuação às tarefas de contenção do perigo, excluindo-se outras demandas sociais. Contudo, não bastaria a alegação dos propósitos de defesa, pois seria relevante também o exame criterioso dos meios necessários para o enfrentamento do perigo (KINGREEN; POSCHER, 2022, p. 4-5).

É frequente a associação entre polícia e seara criminal. De fato, toda ofensa ao Direito Penal é também uma perturbação da “boa ordem”, e o papel da polícia é evitar perigos. No entanto, a atuação policial vai muito além do campo penal. Em razão de estrutura política peculiar,

os franceses desenvolveram a diferença entre os conceitos de *polícia judiciária* e *polícia administrativa* (MAYER, 1895, p. 255). Entre eles, ficou famoso o tripé da preservação da ordem pública: segurança, tranquilidade e salubridade. Para preservar essa ordem, autores como Jean Rivero entendem que há um conjunto de intervenções administrativistas, inclusive de coação, que disciplinam a liberdade dos particulares (FILOCRE, 2017).

Na moderna reformulação, mais estreita, a polícia é a atividade estatal que busca evitar distúrbios da ordem pública dentro do Estado (JELLINEK, 1931, p. 424). Ou, nas palavras de Mayer (1895, p. 245-247), a força policial destina-se a proteger de perigos a comunidade e o cidadão individual, separando-se, pois, da administração do bem-estar social.

Tanto as autoridades policiais como as autoridades administrativas ordenadoras (*Ordnungsbehörden*) são responsáveis por evitar perigos a bens jurídicos protegidos pelo sistema legal. Ambas atuam em caráter preventivo. Dependendo da lei estadual, elas são chamadas de autoridades de segurança (por exemplo, na Baviera: *Sicherheitsbehörden*), autoridades de prevenção de perigo (por exemplo, em Hesse) ou autoridades administrativas (por exemplo, na Baixa Saxônia: *Verwaltungsbehörden*) (KUGELMANN, 2012, p. 6).

3.2 A diversidade histórico-cultural como fator para a diferenciação das polícias alemãs

Há um sentido material capaz de sistematizar a compreensão de todas as atuações policiais: o dever de conter o perigo. Ou, como afirmava Mayer (1895, p. 273), a atuação policial estaria baseada no “dever geral dos súditos” de evitar qualquer tipo de perturbação e risco à boa ordem da comunidade. No entanto, o Direito Policial somente se aplicaria na medida em que

os indivíduos fossem exigidos pelo ordenamento jurídico. Como toda atividade estatal, o poder policial está sujeito às condições do Estado Constitucional de Direito.

Segundo Kingreen e Poscher (2022, p. 7-8), por bastante tempo a Alemanha conviveu com tradições muito distintas da atividade policial. Catalisada pela prática judicial prussiana, em sua região norte construiu-se uma tradição policial de cláusulas gerais com análise da estrita necessidade de intervenção estatal; na região sul, porém, havia a prática de relacionar os poderes especiais da polícia às legislações penais de cada ente local. Somente após 1949, com o advento da Lei Fundamental de Bonn, Kingreen e Poscher (2022, p. 5-6) entendem que houve uma espécie de fusão das duas tradições nas novas leis policiais. Apesar dessa fusão no aspecto material, muitas diferenças permaneceram ou modificaram-se no decorrer dos anos, principalmente do ponto de vista formal e institucional.

Kugelmann (2012, p. 28) menciona que o cenário do segundo pós-guerra também influenciou na diferenciação, principalmente porque os vitoriosos tinham a preocupação em desnazificar, descentralizar e reformar o aparato policial do antigo *Reich*. A preocupação era justificável: na ascensão de Adolf Hitler, foi crucial para a consolidação do regime a coordenação das forças policiais e do Ministério do Interior, na época chefiado por Wilhelm Frick.

Nas áreas de ocupação e influência britânica e norte-americana, as autoridades policiais perderam a responsabilidade de lidar com diversas atividades, como construção, saúde ou polícia comercial. Assim, o Direito regulatório da Ordem Pública – ou ordenador – separou-se do Direito Policial em muitos lugares como a Baviera, Berlim, Hamburgo, Hesse, a Baixa Saxônia, a Renânia do Norte-Vestfália e Schleswig-Holstein (KUGELMANN, 2012). Por isso, no idioma alemão é comum a ênfase

em *Direito Policial e Ordenador (Polizei- und Ordnungsrecht)*.

Por outro lado, foi estabelecida uma administração policial amplamente uniforme em locais sob a influência francesa. Em face desse cenário, houve o esforço político de maior padronização nacional do Direito Policial a partir do final dos anos 1970.

Todos esses pontos levam à conclusão de que especialmente as questões formais e institucionais podem variar muito segundo o contexto histórico-social de cada realidade local. Esclarecidas essas questões, é possível analisar a formação histórica da dogmática jurídica no contexto alemão.

3.3 A formação histórica de uma dogmática jurídica específica para o Direito Policial

3.3.1 Formação de um campo de pesquisa próprio

Compreendida a evolução da atividade policial no contexto alemão, resta explorar alguns aspectos de sua respectiva dogmática jurídica. O primeiro ponto a ser destacado é a formação de uma área autônoma para o Direito Policial.

Uma das características do Direito Administrativo é sua profunda relação com a tradição nacional e com a forma construída para lidar com a autoridade pública no decorrer de sua história (CASSESE, 2014, p. 24-27). Diante da complexidade da atividade administrativa, diversos campos específicos de estudo podem surgir, entre eles a discussão sobre uma dogmática jurídica policial.

Embora existam trabalhos mais antigos sobre a polícia e a ciência policial, reconhece-se que a primeira tentativa de ampla sistematização do Direito Policial foi realizada por Johann Heumann von Teutschenbrunn em obra que ganhou ampla repercussão no século

XVIII – *Initia iuris polítiae Germanorum* (TEUTSCHENBRUNN, 1757). A partir de então, o Direito Policial passou a ser disciplina do currículo em diversas universidades. Outros continuaram o esforço dessa obra nos anos seguintes: Johann Bernhard Hoffer (1764), o barão von Hohenthal (1776) e Friedrich Christoph Jonathan Fischer (1785).

Entre 1799 e 1809, Günther von Berg desenvolveu o seu *Manual de Direito Policial* em sete volumes; logo no início do quarto volume, alerta para o problema da confusão entre o Direito Policial e a Ciência Policial em geral. Argumenta que direitos especiais surgem quando os princípios jurídicos de cada área são agrupados e tratados sistematicamente em conjunto. Se isso for feito em relação à polícia, surge um corpo especial de Direito: o Direito Policial (*Polizeirecht*). Quanto maior o alcance e mais importante o conteúdo dos princípios legais relativos à polícia, maior a possibilidade de formação desse corpo especial. Desde o início, nota-se a forte preocupação com um tratamento especificamente jurídico da atuação policial (BERG, 1804, p. 1-6).

Com a evolução dos debates, o Direito Policial estruturou-se com fundamento na contenção do perigo (*Gefahrenabwehr*): para prevenir danos aos indivíduos, é preciso combater o perigo e proteger os bens jurídicos. Então, dois desdobramentos específicos surgem: (a) a apuração e o tratamento das informações; e (b) a intervenção das autoridades competentes. Em sentido amplo, esse Direito Policial pode ser vislumbrado tanto numa perspectiva material como formal: materialmente, lida com as discussões sobre as tarefas e os poderes estatais para a contenção do perigo; formalmente, preocupa-se em sistematizar a estrutura orgânica policial, as competências e formas de atuação (KUGELMANN, 2012, p. 2).

Em sentido puramente formal, o Direito Policial seria o conjunto de todas as normas jurídicas que organizam, autorizam ou obrigam as autoridades policiais. No entanto, conforme discutido neste artigo, a acepção material da atividade policial exige um enfrentamento dogmático distinto para os cenários de perigo e dano a bens jurídicos. Considerando também a visão material de polícia, a dogmática jurídica passa a lidar com todo tipo de perigo relacionado a construção, incêndio, enchentes, mercado, moral da sociedade, estrangeiros, assim como a qualquer outra questão que possa trazer riscos à ordem pública. Uma das relevâncias da distinção é observar que outras autoridades administrativas também lidam com a prevenção e contenção do perigo (KINGREEN; POSCHER, 2022, p. 8-9).

No curso do desenvolvimento da legislação alemã, diversas leis relativas à defesa social foram elaboradas. Isso pressionou a doutrina para o reconhecimento da diferença entre um Direito Policial Geral e áreas ou sub-ramos especializados do Direito Policial, como o Direito de reunião

(com legislação própria: *Versammlungsgesetz*), o Direito dos riscos de construção (regulamentado pelos *Länder: Landesbauordnungen*) e o Direito dos riscos ambientais (com legislação própria: *Bundes-Immissionsschutzgesetz*) (KUGELMANN, 2012, p. 2).

Nota-se, pois, a ausência de uma unidade regulatória monolítica. Apesar da variedade regulatória, todas essas questões estão relacionadas ao dever de evitar danos, prevenir o perigo e lidar adequadamente com as situações para evitar maior lesividade social: o conceito alemão de *Gefahrenabwehr*. Por isso, as peculiaridades da contenção do perigo permitem sistematizar um campo autônomo de pesquisa e construção dogmática.

3.3.2 Distinção entre Direito Policial e outros ramos jurídicos

Por envolver diretamente a atividade administrativa que regula a ordenação da vida social, é comum a confusão entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Policial; por envolver a atuação policial e suas medidas de intervenção, também é frequente confundi-lo com o Direito Penal e o Processual Penal.

Segundo Kugelman (2012, p. 7-8), o Direito Policial tem sempre o objetivo de evitar o perigo; por outro lado, o Direito Processual Penal está relacionado com medidas relativas à possível persecução penal. A diferença não é meramente teórica, mas principalmente de aplicação prática porque o sistema alemão trabalha com leis diferentes para as duas situações. No processo criminal, a polícia trabalha em conjunto com o Ministério Público, que dirige a investigação (§ 161 StPO (DEUTSCHLAND, [2022b])). É necessária uma ordem judicial para a execução de medidas particularmente drásticas. No Direito Policial, não existe indício de crime, pois o fato criminoso ainda não aconteceu.

Portanto, a distinção depende da finalidade: se serve à persecução penal, é atuação repressiva processual penal (caso a conduta seja tipificada como crime); se serve para afastar o perigo, é atuação preventiva do Direito Policial. Além da finalidade, o critério cronológico também tem sido utilizado: em regra, basta verificar se a lesão a bens jurídicos já ocorreu ou se está prestes a ocorrer. Medidas policiais para investigar e processar crimes são repressivas; portanto, típicas do Processo Penal. Contudo, a própria dogmática alemã reconhece exceções, de modo que o critério da finalidade é o mais seguro (KUGELMANN, 2012, p. 11-12).

Se não se trata de fato tipificado como crime, mas tão somente infração administrativa, o mesmo raciocínio se aplica em relação ao Direito Administrativo Sancionador, que é repressivo, pois a sanção somente se dá de forma posterior à violação de alguma regra. Em regra, a atuação

preventiva ocorre antes da violação da lei. Assim, o Direito Policial é predominantemente preventivo. No entanto, mesmo no curso da ação penal é possível a aplicação de medidas preventivas no Processo Penal, de modo que é preciso analisar caso a caso. Na Alemanha, os parâmetros legais tornam mais nítida a diferenciação.

A visualização de exemplos práticos pode tornar mais didática a distinção (KUGELMANN, 2012, p. 11):

Cenário A (aplicação do Processo Penal): com base na suspeita inicial, uma medida de busca e apreensão no interior de uma residência será considerada repressiva quando há presunção de que se trata de pessoa suspeita de ter cometido um roubo e podem existir armas ilegais e produtos obtidos de forma criminosa naquele local. Nos termos da legislação alemã (§§ 102, 105(1) StPO (DEUTSCHLAND, [2022b])), o Ministério Público requer uma ordem judicial (mandado de busca), que constitui a base legal específica para a busca.

Cenário B (aplicação do Direito Policial): com base nas informações de autoridades policiais, uma medida de busca e apreensão no interior de uma residência será considerada preventiva quando se suspeita da presença de armas de fogo em determinado domicílio e do uso dessas armas para intervir violentamente em reunião pública e manifestações a serem realizadas no dia seguinte. A base legal alemã é o dispositivo jurídico da Lei de Polícia do Estado (por exemplo, § 31 PolG BW (BADEN-WÜRTTEMBERG, 2020); § 41 PolG NW (NORDRHEIN-WESTFALEN, [2022])). Ainda assim, a decisão policial deve ser confirmada por ordem judicial. Portanto, os critérios do controle judicial são fundamentais para diminuir a discricionariedade e proteger a liberdade individual.

Por fim, cabe notar que a dogmática germânica lida necessariamente com o vínculo da atuação estatal aos direitos fundamentais; e, como afirmam Kingreen e Poscher (2022, p. 13), não só se aplicam à defesa contra a interferência do Estado mas também impõem deveres ao Estado para proteger tais direitos. Por conseguinte, o Direito Policial lida com a tutela adequada dos direitos fundamentais.

Nesses termos, todas as ações da polícia e das autoridades reguladoras devem ser proporcionais. O princípio da proporcionalidade aplica-se não apenas quando os direitos fundamentais são restringidos, mas para todas as medidas – afinal, trata-se de intervenção policial para situações graves (KUGELMANN, 2012, p. 266).

Kugelmann (2012, p. 100-101) alerta para a construção da proporcionalidade no Direito Policial: a relevância do potencial dano é inversamente proporcional à probabilidade de ocorrência do dano. Por exemplo: quando existem evidências de que uma usina nuclear explodirá (dano muito grave), as autoridades devem intervir mesmo que a probabilidade

seja mínima. Afinal, o risco é extremamente sério. Por outro lado, se forem insignificantes as ameaças, deve ser exigida uma alta probabilidade de ocorrência do dano.

Quanto à metodologia da análise jurídica no Direito Policial, Kingreen e Poscher (2022, p. 78-89) enfatizam critérios gerais para o exame da atuação policial: (a) fundamento de autorização (*Ermächtigungsgrundlage*); (b) exame da legalidade formal (competência, procedimento e forma); e (c) legalidade material (risco ou perigo a bens protegidos). Ao final, a medida só se justifica se não consistir em intervenção desproporcional e desnecessária. No caso da legislação alemã, é bastante clara a diferença entre os poderes policiais conferidos por cláusulas gerais e os que são positivados de modo específico. De todo modo, esse crivo é indispensável. Além da proporcionalidade, os autores falam em dever de certeza e clareza normativas (KINGREEN; POSCHER, 2022, p. 169-179).

Essa construção dogmática foi tão relevante para o Estado de Direito alemão que autores como Kingreen e Poscher (2022, p. 5-6, tradução nossa) chegam a falar, talvez com algum exagero, que “os franceses invadiram a Bastilha, os alemães inventaram a jurisdição administrativa e o princípio da proporcionalidade”.

3.4 Relevância da discussão jurídico-dogmática em torno do conceito de perigo

Nas subseções anteriores, foi possível entrever os principais elementos da evolução histórica da atividade policial no contexto europeu e a construção de uma dogmática jurídica especializada na área de Direito Policial. Conforme se viu, diante da restrição do sentido material da atuação policial, o Direito Policial também passa a ter como núcleo central a ideia de *perigo*. Consideradas as possíveis contribuições ao debate comparativo no Brasil, passa-se a refletir

brevemente sobre a complexidade do conceito de *perigo* e algumas de suas principais discussões no contexto alemão.

Kugelmann (2012, p. 95) advoga que o objetivo da condição de *perigo* é dar um escopo de responsabilidade às autoridades policiais e reguladoras, uma vez que elas só podem intervir quando há perigo, e sua responsabilidade expira tão logo o perigo deixe de existir. Nesses termos, *perigo* é a probabilidade suficiente de ocorrência de dano a um interesse protegido pela polícia. E esse perigo deve ser *concreto* e real.

Sempre haverá algum grau de incerteza, pois o dano não ocorreu, mas é nisso que consiste a atuação preventiva como prognóstico diante de um perigo iminente. O prognóstico de risco consiste na percepção dos fatos e, com base nisso, na previsão das consequências dos fatos, ou seja, um elemento de conhecimento empírico em relação aos desenvolvimentos futuros (KUGELMANN, 2012, p. 98-99).

À primeira vista, essa discussão parece abrir margem para a discricionariedade judicial; de fato, o risco existe. Por isso, a importância de uma sistematização legislativa e do esforço dogmático para orientar a aplicação da lei. Para facilitar a compreensão desse prognóstico policial, são apresentados dois breves exemplos baseados em Kugelmann (2012, p. 97-100).

No primeiro, policiais estão patrulhando determinada região e deparam-se com uma discussão ruidosa entre um homem e uma mulher na mesa de um café de rua. Pode ser uma crise de relacionamento, uma disputa entre empresários ou uma discussão futebolística de irmãos. Mesmo que o litígio se revele inofensivo no futuro, a intervenção não é necessariamente ilícita, pois o que importa é se o prognóstico no momento da intervenção policial é justificável. Ao analisar as ações policiais, os tribunais não devem, pois, recorrer a um prognóstico *ex post* que, em retrospectiva, se baseia no curso real

dos eventos. Daí, a importância de uma adequada construção dogmática para fornecer balizas para um “observador objetivo” (*objektiven Beobachters*), de acordo com o cenário *ex ante*.

No segundo exemplo, um homem, nitidamente bêbado, caminha em direção a um carro, com chaves de carro na mão. Um policial que está fazendo a patrulha depara-se com esse cenário. É possível que o homem esteja apenas indo buscar um item no interior do carro, mas também é possível que ele pretenda dirigir o veículo. Existe, portanto, o risco de violar o sistema legal e a segurança pública (não é permitido, em estado alcoolizado, dirigir veículos automotores – § 316 StGB (DEUTSCHLAND, [2022a])). Aí está o perigo concreto. Se perceber esse perigo, o policial pode agir enquanto ele existir. Por exemplo, pode abordar e dialogar com o homem e apreender a chave do carro se necessário. Não basta um risco geral para justificar a atuação policial; é preciso haver o perigo concreto.

Nesses dois exemplos percebem-se algumas características desse prognóstico policial para a intervenção: deve ser justificado diante de um perigo concreto, conforme as informações disponíveis *ex ante* e o estado de conhecimento.

Todavia, nem sempre um perigo é tão evidente. Em muitos casos, a autoridade enfrenta um perigo aparente (*Anscheinsgefahr*). Parece ser um cenário de perigo à ordem pública, mas não era. Contudo, é importante destacar que a avaliação da medida policial pode ter sido correta, mesmo que se trate de um perigo aparente. Por exemplo, quando um proprietário de apartamento esquece a chave da porta e entra pela janela: a informação disponível no momento em que a decisão foi tomada estava incompleta. Nesse caso, não havia informação suficiente, mas a previsão de risco estava correta (KUGELMANN, 2012, p. 102-107).

Ocorre situação diferente quando há suspeita de perigo (*Gefahrenverdacht*) – não se diagnostica um cenário de perigo, mas apenas de suspeita. Nesse caso, há indícios de perigo, mas a autoridade está ciente de que a situação concreta está sujeita a incertezas e não permite um prognóstico confiável da ocorrência de danos. Ainda não é possível afirmar que há um cenário de risco de perigo. Em geral, as intervenções a serem tomadas são as medidas preliminares para aprofundar a investigação dos fatos e preparar a prevenção final do perigo (KUGELMANN, 2012, p. 102-107).

Em algumas situações, é possível falar em “perigo abstrato”. Na verdade, são medidas abstratas e gerais, baseadas em diagnóstico razoável sobre um dano potencial: não requer circunstâncias de caso individual. Por exemplo: em vários pontos do litoral de Pernambuco, os tubarões oferecem risco aos banhistas. Seria um esforço enorme tentar proteger

de forma abrangente todo e qualquer indivíduo, em todos os horários e locais. A autoridade reguladora competente emite uma normativa que estabelece a proibição ou recomendação negativa de banho naquelas áreas. Placas de informação apropriadas são erguidas e mantidas nesses locais (KUGELMANN, 2012, p. 108).

Por fim, cabe visualizar a situação de equívoco policial diante de um *perigo putativo* ou *falso perigo* (*Putativgefahr* ou *Scheingefahr*). Nesse cenário, a autoridade policial decidiu agir, mas não havia perigo real, de acordo com as informações daquele momento e também as posteriores. Houve, portanto, avaliação equivocada dos fatos *ex ante*. Assim, a medida policial foi ilegítima, e os cidadãos poderão ser indenizados (KUGELMANN, 2012, p. 107-108).

Esses diferentes cenários de atuação preventiva policial demonstram também a riqueza dos detalhes dogmáticos que consistentemente podem auxiliar na orientação prática da aplicação das leis.

4 Desafios e caminhos possíveis na experiência brasileira

4.1 Recepção da teoria do Poder de Polícia

Afinal, como a polícia foi estudada no Brasil? Em análise elaborada sobre a evolução do assunto no Brasil, Medauar (1995, p. 90-92) constata a forte influência inicial francesa no Brasil do século XIX e início do século XX, oriunda principalmente das obras de Vicente Pereira do Rego (1857) e Prudêncio Giraldes Veiga Cabral (1859). No entanto, a formulação francesa foi alterada por outras influências teóricas estrangeiras.

Utilizando como base a análise do francês Paul Pradier-Fodéré, a primeira obra administrativista brasileira conceitua a polícia como “instituição encarregada de manter a ordem pública, a liberdade, propriedade e segurança dos cidadãos”. Em seguida, afirma que seu caráter principal é a vigilância. E alerta: quem deseja estudar a polícia em todos os seus campos de atuação deve analisar todas as áreas da administração. Num sentido mais específico, defende que a polícia está restrita: (a) à segurança do Estado; (b) à proteção das pessoas; e (c) à salubridade pública. Assim, também está presente no campo privado do comércio e das indústrias (REGO, 1857, p. 103-104). Conforme a prática francesa, Rego (1857, p. 105-106) entende que a polícia administrativa – urbana (municipal) ou rural – seria essencialmente preventiva: manter a ordem pública e evitar a criminalidade; por sua vez, a polícia judiciária seria responsável por investigar delitos e auxiliar na persecução penal, de modo que sua atuação seria essencialmente repressiva.

Entre as atribuições da polícia administrativa durante o Império, incluem-se ações preventivas, como o recolhimento de informações sobre novos habitantes de determinado distrito, se desconhecidas do público ou suspeitas; a destruição de quilombos; e a inspeção de teatros, espetáculos públicos e prisões públicas (REGO, 1857, p. 107-109).

Com base na literatura e na jurisprudência norte-americana, Ruy Barbosa usa a expressão *poder de polícia* em parecer jurídico produzido em 1915 e posteriormente incluído em seus *Comentários à Constituição brasileira*. Nesse parecer menciona o âmbito dos interesses econômicos como pertencente à ordem pública e ao bem comum; portanto, também relacionado à atividade do poder de polícia (MEDAUAR, 1995, p. 92). Os argumentos já estavam presentes, por exemplo, na obra do norte-americano Freund (1904, p. 5-9).

O termo *power police*, traduzido como poder de polícia, foi estabelecido no julgamento da Suprema Corte norte-americana, no caso *Brown vs. Maryland*, de 1827, e desde então desenvolvido pela jurisprudência no *commom law*. No sistema norte-americano, a partir da crise de 1929, o *police power* ganhou alcance social ainda maior, com fundamento no bem-estar comum.

Para demonstrar a atualidade da discussão sobre o poder de polícia no mundo anglófono, Medauar (1995, p. 90) observa que o Direito inglês compreende a discussão no âmbito do Direito Constitucional – como *legal restraints* ou *prior restraints* – nas obras de Stanley De Smith e Rodney Brazier (*Constitutional and administrative law*, 1989); ou como *civil liberties and public order* na obra de Henri Walter Clarke (*Constitutional and administrative law*, 1971). Algo semelhante ocorre no Direito norte-americano, especialmente nas discussões sobre os direitos fundamentais de liberdade e o devido processo substantivo, *substantive due process*, na obra de Barron e Dienes (*Constitutional law*, 1986). O vínculo com os direitos fundamentais já aparecia também na obra de Ernst Freund, *The police power: public policy and constitutional rights*, de 1904.

Apesar da leitura de Odete Medauar, é possível observar que autores britânicos como De Smith (1977, p. 370-371) relacionam a polícia aos deveres especiais do *commom law* de manutenção da lei e da ordem. Desse modo, a infração legal pelos indivíduos é uma violação desses deveres. A construção do raciocínio, portanto, é diferente e não se confunde com a discussão de restrição de liberdades pela Administração Pública no século XX. Por outro lado, na construção franco-germânica não há necessariamente essa violação ao ordenamento jurídico.

Na Alemanha, alguns discutem a segurança pública como uma área jurídica do Direito Constitucional Especial, mas a posição dominante a considera uma área do Direito Administrativo (POSCHER, 2016, p. 60-61).

A tradição norte-americana, em grande parte adotada no Brasil, pode ser sintetizada em algumas palavras do prefácio de Freund (1904, p. iii-v, tradução nossa), professor de Direito Público da Universidade de Chicago: “O poder de promover o bem-estar público (*public welfare*) restringindo e fiscalizando o uso da liberdade e da propriedade”. São excluídas desse conceito questões como justiça civil e criminal, tributação, benfeitorias e serviços públicos. Trata-se, portanto, de “interesses sociais primários” como a proteção da segurança, da ordem, da moral e da saúde pública.

Apesar das influências francesa e norte-americana, Aurelino Leal publicou, em 1918, a obra *Polícia e poder de polícia*, conceituando *poder de polícia* como “a manifestação do poder público tendente a fazer cumprir o dever geral do indivíduo” (LEAL, 1918, p. 79). Segundo análise de Medauar (1995), observa-se um significativo traço da influência alemã, especialmente por meio da obra de Otto Mayer. De certo modo, isso denotaria o caráter sincrético da cultura jurídica brasileira – o que pode ser saudável se utilizado como forma de diálogo entre as diferentes visões, mas pode trazer prejuízos quando não compreendidas as diferenças entre elas.

Identificar claramente a teoria brasileira do poder de polícia é tarefa difícil. Na verdade, houve diferentes influências que permitiram o debate sobre as características e os limites desse poder. Não houve a sistematização de um Direito Policial nos moldes alemães e, apesar da influência norte-americana em torno do *power police* os debates brasileiros também não acompanharam a análise de casos e precedentes desse sistema.

Contudo, seria realmente necessário manter a expressão *poder de polícia* e sua confusa formulação teórica “híbrida” no Brasil?

Medauar (1995, p. 93) lembra que diferentes doutrinadores já defenderam termos mais “suaves”: Santi Romano, a expressão *atividade administrativa de limitação* (1912); Giannini, o retorno do termo medieval *ablatis* e a expressão *procedimentos ablatórios*; e o alemão Hans Julius Wolff, *administração de vigilância*. No entanto, a autora esclarece que, quando os termos já são consolidados, eventuais mudanças de nomenclatura podem dificultar a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, além de impedir uma melhor compreensão da evolução histórica dos institutos.

Para uma visão mais atual do entendimento brasileiro, pode-se considerar o conceito de Meirelles e Burle Filho (2016, p. 151-153): poder de polícia é a “faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”. Em sentido idêntico e também de forma genérica, Medauar (1995, p. 89-90) aponta que, entre os poderes administrativos, o poder de polícia seria o exercido contra atividades dos particulares que se revelem contrárias, nocivas ou inconvenientes ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança

nacional. Tal conceito é apenas uma tradução preliminar da versão norte-americana, com influência francesa.

É curioso notar que Meirelles e Burle Filho (2016, p. 151-153) distinguem a polícia administrativa, foco de sua análise, da polícia judiciária e da polícia de manutenção da ordem pública. A diferença básica seria que a polícia administrativa incidiria sobre os bens, direitos e atividades, ao passo que as outras atuariam sobre as pessoas. Citando os franceses Georges Vedel e Jean Rivero, os autores diferenciam a polícia administrativa geral da polícia administrativa especial: a primeira cuidaria de questões gerais de segurança, salubridade e moralidade públicas; a segunda seria voltada para áreas específicas da atividade humana que afetam bens de interesse coletivo, “tais como a construção, a indústria de alimentos, o comércio de medicamentos, o uso das águas, a exploração das florestas e das minas” (MEIRELLES; BURLE FILHO, 2016, p. 154).

Uma vez que a extensão do poder de polícia seria muito ampla – desde os bons costumes até a segurança nacional –, há um poder de polícia equivalente para cada restrição de direito individual, que deve ser efetivada pela Administração Pública. Portanto, como “objeto do poder de polícia”, estará qualquer “bem, direito ou atividade individual que possa afetar a coletividade ou pôr em risco a segurança nacional”. Por isso, justifica-se a regulamentação, o controle e a contenção pelo Poder Público. Assim, a Administração é legitimada para condicionar o exercício de direitos individuais, delimitar a execução de atividades e condicionar o uso de bens que afetem a coletividade e a ordem jurídica (MEIRELLES; BURLE FILHO, 2016, p. 156-157).

Apesar da influência francesa inicial, argumentos norte-americanos e outras influências estrangeiras moldaram a visão dos administrativistas brasileiros sobre a polícia. Todavia, constata-se que o estudo passou a enfocar basicamente o condicionamento de direitos pela Administração. Por outro lado, afastou-se das discussões iniciais sobre vigilância e prevenção de perigos e passou a formular um “poder administrativo policial” para qualquer interesse público.

4.2 Ausência de uma dogmática brasileira do Direito Policial

No Brasil é quase impossível encontrar um curso nacional sobre Direito Policial. Por razões históricas e culturais, não há tradição dogmática nem é fácil encontrar campos de estudos e disciplinas nas faculdades. Apenas recentemente, Britto (2022) publicou um *Curso de Direito Policial*, com importantes reflexões sobre a polícia administrativa e a judiciária, que apenas de modo muito fragmentado são analisadas pelos administrativistas e pelos processualistas penais.

Lazzarini, Tácito, Moreira Neto, Meirelles, Cretella Júnior e Ferreira (1987) organizaram uma coletânea, *Direito Administrativo da Ordem Pública*, cujo escopo poderia auxiliar na concepção de uma dogmática específica para essas questões, uma vez que consideram que a ordem pública abrange a segurança e a proteção contra diversos tipos de desordem. Aproximadamente quatro décadas depois, a terminologia parece não ter sido replicada de forma ampla.

Também em língua portuguesa, é possível encontrar alguns trabalhos pela Editora Almedina, como os de Filocre (2010, 2017), *Direito de Segurança Pública e Direito Policial Moderno: Polícia de Segurança Pública no Direito Administrativo Brasileiro*; e de Valente (2019), *Teoria Geral do Direito Policial*.

Aliás, há um Direito Administrativo Ordenador, que dá título a uma significativa obra de Sundfeld (1997) e seria relativo à atividade administrativa que disciplina comportamentos dos particulares em sua atividade privada, com base na autorização legal do ordenamento jurídico. Na prática, a formulação desse campo de estudo está associada à teoria do poder administrativo de polícia comentada na seção anterior. No entanto, não consegue abarcar ou igualar-se à discussão do Direito Policial porque a ênfase está na possibilidade de um poder de coerção da Administração Pública para condicionar liberdades particulares em prol de interesses tutelados pelo sistema jurídico (SUNDFELD, 1997).

Por se consubstanciar também em medidas de vigilância, fiscalização e de prevenção, o Direito Policial não “ordena” necessariamente a vida social, e sim realiza o devido “policiamento” para a salvaguarda dos bens jurídicos diante de perigos reais. De toda forma, como afirmou Medauar (1995), a recusa pelos termos originais também apresenta desvantagens.

Um dos motivos por que se deve ter evitado a expressão *Direito Policial* é certamente a repetição – nem sempre crítica – da teoria do poder de polícia pelos administrativistas. Outro provável fator é de ordem cultural: no cotidiano, a referência à polícia é muito marcada por uma imagem bélica, sobretudo no contexto histórico brasileiro. Aliás, mesmo no Império, Rego (1857, p. 103-104) já reconhecia uma “injuriosa significação” no cenário político, mas a verdade é que todos os governos “policiam” os indivíduos. Quando “contida em justos limites”, a atividade de policiamento “é tutelar, e vela sobre a sociedade”; quando exercida com violência, incute o terror e é cúmplice do mais detestável despotismo.

No Brasil, o termo *polícia* perdeu seu sentido na teoria do poder de polícia. Afinal, tratava-se de *policiar* no sentido de informar-se e agir para evitar danos à segurança, à ordem, à saúde e a bens jurídicos em geral. No entanto, a teoria do poder de polícia, especialmente no Brasil,

passa a incluir a discussão sobre as possibilidades de a Administração Pública restringir e condicionar direitos em nome do interesse público. Contudo, não há um foco maior sobre a gravidade empírica do perigo. O foco no interesse público acaba gerando um sentido muito amplo de ordem pública, que pode justificar quase todo tipo de propósito da Administração Pública.

Em breve busca nos textos constitucionais, é perceptível que a palavra *perigo* aparece nas sete Constituições. De fato, há situações que podem coincidir com o chamado Direito Administrativo Ordenador – como no caso do art. 5º, XXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), que trata da possibilidade de requisição de propriedade particular em face de “imminente perigo público” e mediante indenização posterior (BRASIL, [2022]). No entanto, as formulações teóricas não coincidem, ainda que exista uma zona de intersecção.

4.3 Reconstrução dogmática do Direito Policial: tendências e desafios

Com base no que já foi analisado, passa-se a examinar algumas questões que podem contribuir para a discussão acadêmica brasileira. Num primeiro momento é preciso ter em vista a própria ressignificação das polícias no ambiente jurídico-dogmático.

Na atualidade, Valente (2010, p. 17) tem defendido um novo formato para as polícias no Brasil e em Portugal. O autor parte do pressuposto de que a prevenção criminal em sentido amplo compreende “actos materiais e jurídicos de Polícia destinados a prevenir o perigo e, quando este se verificar, a prevenir o dano e evitar que o mesmo provoque elevada lesividade social”. Desse modo, justifica que a polícia no século XXI não aparece mais como “as mãos da organização da cidade (*politeia*)” nem como “as mãos e braços do rei ou do imperador”. Muito menos pode ser “instrumento mecanizado de opressão política”.

Em sua *Teoria geral do Direito Policial*, Valente (2019, p. 253-263) aponta que uma das principais missões da ciência jurídica policial é compreender e sistematizar os fundamentos e limites da atuação policial – entre eles, a clássica fórmula jurídica da proibição do excesso como princípio da intervenção policial. Assim, se a polícia deve atuar para conter o perigo e os possíveis danos à sociedade, é preciso compreendê-la como atividade de “salvaguarda dos cidadãos mesmo contra o poder instituído” (VALENTE, 2010, p. 17). Por isso, todos os requisitos e critérios formulados pelo Estado Constitucional de Direito e as exigências do Direito Internacional dos Direitos Humanos devem refletir-se na construção dogmática do Direito Policial.

Na construção permanente de uma tradição brasileira, o Direito Policial não pode ser apêndice do Direito Administrativo ou do Processo Penal. Conquanto também possam ser discutidas suas características naquelas áreas, não se deve perder de vista a dimensão transdisciplinar da polícia estruturada pelo dever de proteção dos bens jurídicos e pela busca de evitar perigos e danos.

O objetivo do esforço teórico deve ser muito claro: sistematizar, refletir criticamente e orientar a prática jurídica policial, enfatizando-se sempre que não se trata de um olhar para a organização policial em si, mas para a atividade de policiamento no Estado de Direito, que tem fundamento constitucional, pois é a aplicação das normas constitucionais pela atividade estatal. A prática policial decorre da própria “cláusula geral de bem-estar” (*general welfare clause*) – presente em diversos textos constitucionais, inclusive no art. 3º, IV, da CRFB (BRASIL, [2022]). Como promover o “bem comum” ou o “bem-estar de todos” sem a adequada atuação policial para a proteção dos indivíduos e de seus direitos fundamentais?

A atuação policial deve compreender não apenas a prevenção de perigos, mas também os danos e a lesividade social. Trata-se de rediscutir as balizas jurídicas do sistema de segurança pública e defesa social civil, o que pode ter repercussões diversas, como gerar novos artigos científicos e debates públicos e acadêmicos em diferentes formatos. Se a atividade policial é a coleta de informações, o prognóstico e a adoção de medidas para a contenção do perigo, o rol das organizações policiais previsto na CRFB não pode ser exaustivo. Por exemplo: ainda que exista um setor da Polícia Militar especializado na proteção ambiental, os diferentes entes políticos da Federação podem promover outros tipos de policiamento para fortalecer medidas de fiscalização e proteção jurídica.

Assim, para a proteção da Amazônia, reservas florestais e biomas diversos, a Administração Pública pode criar polícias ambientais locais (“polícia verde”) a fim de evitar crimes e mitigar prejuízos. Do mesmo modo, é possível conceber programas de policiamento para a proteção de minorias ou em função de estatísticas que apontem maior probabilidade de delitos em determinadas áreas. Em sentido próximo, estaria também o fortalecimento das Guardas Municipais para a proteção do patrimônio público – embora, diante da Lei nº 13.022/2014, surjam desdobramentos específicos nesse setor.

Além de oferecer maior segurança jurídica e auxiliar na construção dogmática nacional, a organização da atividade policial administrativa deveria ser valorizada por um marco legal atualizado e sistemático. De todo modo, ao menos exigências constitucionais, como a proteção da igualdade, a impessoalidade e a tutela do interesse público, devem guiar os futuros regulamentos. Dada a inexistência de um marco legal mais vasto, a

possibilidade permanece e pode ser corroborada e refinada por critérios jurídico-dogmáticos. Desse modo, abre-se caminho para um campo de pesquisa que pode ser bastante promissor.

Trurnit (2014, p. 486) oferece um exemplo significativo. Na vigilância e patrulha de reuniões e aglomerações urbanas, a atividade policial requer balizas normativas fortes para evitar discricionariedades abusivas. Mencionando a prática alemã – especialmente após a sistematização da *Lei Federal de Reunião* (VersG), de 1953 –, o autor entende haver ali uma especialização do Direito Policial e da Ordem Pública. Lembrando os argumentos de Schlink, Pieroth e Kniessel, afirma que a tarefa policial é não só evitar os perigos à segurança e à ordem pública relacionados às reuniões mas também proteger o exercício desse direito fundamental.

Apesar da Lei nº 1.207/1950 sobre o direito de reunião, nunca houve regulamentação nacional adequada sobre os procedimentos e os poderes policiais no contexto de reuniões, manifestações e aglomerações. Essa temática tem-se tornado cada vez mais necessária, principalmente depois da ocorrência da vandalização das sedes dos Três Poderes no Oito de Janeiro.

Afinal, o sistema legal é formado pelas circunstâncias sociais e normativas sob as quais os órgãos governamentais protegem e garantem as posições jurídicas dos cidadãos. O ponto de partida e o ponto de ancoragem do Direito Policial e Ordenador é a proteção dos bens jurídicos individuais. Kugelmann (2012, p. 1-3) aponta duas novas tendências extremamente significativas na área do Direito Policial, a internacionalização e as novas tecnologias; dentre elas, as relacionadas à informação e comunicação e à necessidade de proteger dados pessoais sensíveis exigem novas reflexões sobre a realidade social do século XXI. Poscher (2016, p. 62-68) acrescenta a centralização (pelo menos no caso alemão), a expansão dos poderes policiais e a

maior articulação entre polícias, militares e serviços de inteligência.

A segurança civil tem girado em torno de análises de risco e tecnologias da segurança. Com a velocidade das transformações tecnológicas – a internet das coisas, os carros autônomos ou a indústria 4.0 –, as sociedades tornam-se abertas e susceptíveis a possíveis ameaças. Assim, as cidades inteligentes não serão apenas altamente interconectadas e eficientes como também altamente vulneráveis (POSCHER, 2016, p. 60-61). Portanto, a noção de perigo – central no Direito Policial – passa pelos riscos criados pela tecnologia. Assim, podem-se pensar formas de vigilância com base em normas de segurança direcionadas às companhias que gerenciam serviços de água, eletricidade e comunicação.

Ao defender um campo jurídico autônomo para a segurança pública civil, Poscher (2016, p. 62) acredita que a dogmática pode compreender tanto a regulação da atividade policial e dos serviços de inteligência quanto legislações a respeito de desastres e situações de emergências.

Contudo, deve-se observar que experiências totalitárias como o nazismo, o contexto histórico da unificação alemã e os efeitos da ocupação no pós-guerra são fatores sociais que distanciam a realidade brasileira da alemã. Assim, o Direito Policial como campo jurídico autônomo não pode ser simplesmente transplantado de outro país para o Brasil como se isso resolvesse todos os seus problemas relativos à autoridade policial.

Muitos campos de pesquisa são possíveis acerca da atividade policial: teoria sociológica ou política do funcionamento policial, filosofia policial (fundamentos de justificação da lógica e atuação policial), entre vários outros. É também possível uma ciência jurídica policial, consubstanciada em uma dogmática especializada.

Os efeitos das novas tecnologias e a internacionalização da segurança pública tornam inadiável a discussão do tema. Um caminho

possível – talvez o ideal – é a adoção de um marco legal amplo e sistemático, que respeite as competências dos entes federativos, mas siga um padrão conferido pelo próprio constituinte derivado. A boa hermenêutica e a construção de uma dogmática jurídica crítica para a orientação da prestação jurisdicional podem resolver muitas dificuldades.

Sem dúvida, a recente criação de um Sistema Único de Segurança Pública (Susp) e as tentativas de aprimoramento do Ministério de Justiça e da Segurança Pública oferecem novos quadros normativos que devem ser “monitorados” pela academia. No caso da ciência jurídica, a reunião de informações empíricas e a análise crítica acadêmica podem oferecer caminhos de reflexão e eventualmente sugerir intervenções. Além de não ser escrava da legislação, a academia pode reformular suas áreas de conhecimento para auxiliar os futuros legisladores a alcançar os propósitos do Estado Constitucional e promover as liberdades fundamentais.

5 Considerações finais

Este artigo explorou as características e peculiaridades da construção germânica jurídico-dogmática do Direito Policial e as influências teóricas no desenvolvimento da análise brasileira sobre a atuação policial. Discutiram-se as potencialidades da dogmática para o aprimoramento dos critérios jurídicos para as medidas de prevenção a danos.

A hipótese inicialmente desafiada, relacionada à inviabilidade e incompatibilidade entre a dogmática alemã e a teoria administrativa brasileira, possibilitou discutir os limites da atuação policial preventiva para a contenção de perigos.

Inicialmente, a análise centrou-se na compreensão da tradição alemã que tem influenciado novos debates em diferentes países. Observaram-se fatores específicos e princípios estruturais na evolução histórica tanto da atividade policial como do respectivo campo de estudo jurídico especializado.

Em acordo com a abordagem crítica sustentada por Karl Popper, a pesquisa considera que existem problemas a serem solucionados (o aperfeiçoamento das medidas para contenção de riscos e danos) e que o objetivo da ciência é oferecer as melhores respostas possíveis no atual estágio de conhecimento. Reconhece também que a perspectiva comparativa pode desafiar a prática e oferecer olhares novos, que contribuam para o desenvolvimento do debate.

Na segunda parte da pesquisa, analisou-se a “recepção” (reformulação) da teoria administrativista do poder de polícia no Brasil, de modo a compreender como o Direito brasileiro entende essa temática. Nesse cenário,

constatarem-se aproximações e distanciamentos entre a experiência brasileira – em geral, com forte influência francesa e norte-americana – e os *insights* conjecturados com base no debate teuto-brasileiro.

Ao final, refutou-se a ideia de inviabilidade da proposta de um Direito Policial brasileiro, na medida em que se demonstrou que a “teoria brasileira” da polícia administrativa não abrange esse campo de estudo nem com ele se confunde. Contudo, observa-se que no Brasil, além da formulação teórica confusa – principalmente pela miscelânea entre as literaturas francesa e norte-americana –, a discussão ainda se encontra em fase muito inicial.

O transplante da dogmática alemã para o Brasil não é útil nem possível, em razão das peculiaridades histórico-culturais de cada país. Todavia, isso não significa que a experiência alemã deva ser ignorada. Muito ao contrário: especialmente as ferramentas dogmáticas para a orientação da prática jurídica policial podem ser objeto de reflexão crítica para a construção de critérios de fundamentação da dogmática jurídica brasileira.

Ao colocar em pauta temas relevantes mas ainda pouco discutidos no cenário nacional, a presente pesquisa busca colaborar para o aperfeiçoamento do sistema de proteção dos bens jurídicos constitucionalmente tutelados.

Sobre o autor

Pedro de Oliveira Alves é doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, PE, Brasil; professor de Direito Constitucional e Teoria do Estado na UFPE (2021-2023), Recife, PE, Brasil; professor de Teoria do Direito e Hermenêutica Jurídica na Uninassau, Recife, PE, Brasil; coordenador adjunto do Observatório de Justiça Constitucional da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil; advogado, membro da Comissão de Estudos Constitucionais e Cidadania da OAB/PE.

E-mail: pedro.oalves@ufpe.br

O presente trabalho foi realizado com apoio da Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Espírito Santo (Fapes) em nível de Pós-doutorado.

Como citar este artigo

(ABNT)

ALVES, Pedro de Oliveira. A construção jurídico-dogmática do Direito Policial na Alemanha e no Brasil: esforços teóricos sobre prevenção do perigo no século XXI. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 60, n. 239, p. 65-89, jul./set. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/239/ril_v60_n239_p65

(APA)

Alves, P. de O. (2023). A construção jurídico-dogmática do Direito Policial na Alemanha e no Brasil: esforços teóricos sobre prevenção do perigo no século XXI. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 60(239), 65-89. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/239/ril_v60_n239_p65

Referências

ALBERT, Hans. *O direito à luz do racionalismo crítico*. Tradução e estudo preliminar de Günther Maluschke. Brasília, DF: Universa: Ed. UnB, 2013.

BADEN-WÜRTTEMBERG. *Polizeigesetz (PolG)*. [Stuttgart]: Landesrecht BW Bürgerservice, 2020. Disponível em: <https://www.landesrecht-bw.de/jportal/?quelle=jlink&query=PolG+BW&psml=bsbawueprod.psm1&max=true&zaiz=true>. Acesso em: 25 maio 2023.

BERG, Günther Heinrich von. *Handbuch des Deutschen Polizeirechts*. Hannover: Gebrüder Hahn, 1804. v. 4.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 maio 2023.

BRITTO, Aldo Ribeiro. *Curso de direito policial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2022.

CASSESE, Sabino. *Derecho administrativo: historia y futuro*. Sevilla: Global Law Press, 2014. (Serie Blanca. Libros de Pensamiento).

DE SMITH, Stanley A. *Constitutional and administrative law*. This ed. rev. by Harry Street, Barbara De Smith and Rodney Brazier. 3rd ed. London: Penguin Books, 1977. (Foundations of Law).

DEUTSCHLAND. *Strafgesetzbuch (StGB)*. [Berlin]: Bundesministerium der Justiz, [2022a]. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>. Acesso em: 25 maio 2023.

_____. *Strafprozeßordnung (StPO)*. [Berlin]: Bundesministerium der Justiz, [2022b]. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/index.html>. Acesso em: 25 maio 2023.

ENGLÄNDER, Armin. Kritischer Rationalismus und die Jurisprudenz. In: HILGENDORF, Eric (hrsg.). *Kritischer Rationalismus und Einzelwissenschaften: Zum Einfluss des Kritischen Rationalismus auf die Grundlagendebatten*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017. p. 111-125.

FILOCRE, Lincoln D'Aquino. *Direito de segurança pública: limites jurídicos para políticas de segurança pública*. Coimbra: Almedina, 2010.

_____. *Direito policial moderno: policia de segurança pública no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017. (Coleção Manuais Universitários).

FREUND, Ernst. *The police power: public policy and constitutional rights*. Chicago: Callaghan & Company, 1904.

JELLINEK, Walter. *Verwaltungsrecht*. 3. Aufl. Berlin: Julius Springer, 1931.

KINGREEN, Thorsten; POSCHER, Ralf. *Polizei- und Ordnungsrecht: mit Versammlungsrecht*. 12. Aufl. München: C. H. Beck, 2022. (Grundrisse des Rechts).

KUGELMANN, Dieter. *Polizei- und Ordnungsrecht*. 2. Aufl. Berlin: Springer, 2012.

LAZZARINI, Álvaro; TÁCITO, Caio; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; MEIRELLES, Hely Lopes; CRETELLA JÚNIOR, José; FERREIRA, Sérgio de Andrea. *Direito administrativo da ordem pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

LEAL, Aurelino. *Polícia e poder de polícia*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1918. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/671>. Acesso em: 25 maio 2023.

MAYER, Otto. *Deutsches Verwaltungsrecht*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1895. v. 1. (Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, Abt. 6).

MEDAUAR, Odete. Poder de polícia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 199, p. 89-96, jan./mar. 1995. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v199.1995.46490>. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46490/46697>. Acesso em: 25 maio 2023.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. Com a colaboração de Carla Rosado Burle. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016.

NORDRHEIN-WESTFALEN. *Polizeigesetz (PolG)*. [Düsseldorf]: Ministerium des Innern des Landes Nordrhein-Westfalen, [2022]. Disponível em: https://recht.nrw.de/lmi/owa/br_text_anzeigen?v_id=3120071121100036031. Acesso em: 25 maio 2023.

POPPER, Karl R. *Conjecturas e refutações*. Tradução de Sérgio Bath. 2. ed. Brasília, DF: Ed. UnB, 1982. (Coleção Pensamento Científico, 1).

POSCHER, Ralf. Tendencies in public civil security law. *European Journal for Security Research*, [s. l.], v. 1, n. 1, p. 59-76, 2016. DOI: <https://doi.org/10.1007/s41125-016-0003-3>.

PÜTTER, Johann Stephan. *Elementa iuris publici Germanici*. Göttingen: Sumtibus Victorini Bossigellii, 1754.

REGO, Vicente Pereira do. *Elementos de direito administrativo brasileiro: comparado com o direito administrativo francez, segundo o methodo de P. Pradier-Foderé*. Recife: Typographia Universal, 1857. t. 1. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/1215>. Acesso em: 25 maio 2023.

SCHLINK, Bernhard. On a principle of contradiction in normative logic and jurisprudence. *Theory and Decision*, [s. l.], v. 2, n. 1, p. 35-48, 1971. DOI: <https://doi.org/10.1007/BF00133137>.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1997.

TEUTSCHENBRUNN, Johann Heumann von. *Initia iuris politiae Germanorum*. Nürnberg: Johann Georg Lochner, 1757.

TRURNIT, Christoph. Grundfälle zum Versammlungsrecht. *JURA – Juristische Ausbildung*, Berlin, v. 36, n. 5, p. 486-496, 2014. DOI: <https://doi.org/10.1515/jura-2014-0057>.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. A cientificidade da actuação policial como garante dos direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Policiais*: RBCP, Brasília, DF, v. 1, n. 1, p. 13-20, jan./jun. 2010. DOI: <https://doi.org/10.31412/rbcp.v1i1.25>. Disponível em: <https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/25>. Acesso em: 25 maio 2023.

_____. *Teoria geral do direito policial*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2019. (Coleção Manuais Universitários).

Casa carimbadora?

A revisão das medidas provisórias pelo Senado Federal

RODRIGO RIBEIRO BEDRITICHUK
GUILHERME MARQUES VERONEZE

Resumo: É comum a referência ao Senado Federal como uma “casa carimbadora” dos projetos da Câmara, expressão utilizada pelos próprios senadores especialmente quanto à apreciação de medidas provisórias (MPs). O presente trabalho, que investiga a revisão das MPs pelo Senado, busca entender o papel dessa Casa no processo legislativo. Primeiro, caracteriza tal atividade por meio de dados quantitativos do período 2012-2021; os resultados mostram grande índice de aprovação das MPs, poucas alterações promovidas pelo Senado e pouco tempo de análise. Em seguida, mediante análise sistemática de processos e investigando a tramitação de MPs selecionadas, o trabalho aponta mecanismos alternativos de alteração utilizados pelo Senado, como emendas de redação, impugnação de matéria estranha e compromisso de veto. Tais resultados revelam a dinâmica complexa do jogo bicameral e demonstram, ao final, que o Senado tem exercido a função de aprimorar os projetos por meios alternativos.

Palavras-chave: Senado; medidas provisórias; emendas.

Stamping Chamber? The review of executive decrees by the Senate

Abstract: It is common to designate the Brazilian Federal Senate as a “stamping house” for the House projects, an expression used by the senators themselves, especially when considering executive decrees (MPs). This paper investigates the review of executive decrees (MPs) by the Senate, analyzing the role of this chamber in the legislative process. First, it characterizes such activity through quantitative data in the period 2012-2021; the results show a high rate of approval by the MPs, few changes promoted by the Senate and little time for analysis. Then, through systematic processes analysis, the paper gathers information from selected MPs and presents alternative mechanisms of alteration used by the Senate, such as wording

Recebido em 23/11/22
Aprovado em 24/2/23

amendments, suppression of unrelated issues and veto commitment. Such results reveal the complex dynamics of the bicameral game and show, after all, that the role of improving projects has been exercised by the Senate through alternative means.

Keywords: Senate; executive decrees; amendments.

1 Introdução

“Eu acho que nós temos que, de alguma forma, fazer com que este Senado Federal cumpra sua parte e não vire, de forma alguma, um carimbador de medida provisória do Governo” (DIÁRIO DO SENADO FEDERAL, 2021c, p. 26). Essa foi a declaração do senador Renan Calheiros (MDB-AL) na sessão de 3/9/2021.

Contudo, não foi a primeira nem a última referência ao Senado como uma “casa carimbadora” dos projetos da Câmara, especificamente das medidas provisórias (MPs). A inquietação dos senadores revela, a um só tempo, diversas facetas do bicameralismo brasileiro. Primeiro, evoca a justificativa institucional para haver um Legislativo bicameral; segundo, questiona o exercício efetivo (ou a sua falta) da função revisora pelo Senado; por fim, revela o pouco tempo de que os senadores dispõem para analisar as MPs.

O presente trabalho aborda o tema da revisão das MPs pelo Senado, com o intento de contribuir para a literatura sobre o bicameralismo no Brasil. Primeiro, faz uma revisão de literatura sobre o nascimento dos arranjos bicamerais, suas justificativas institucionais e analisa a atuação revisora do Senado brasileiro de acordo com estudos sobre o tema.

Em seguida, o trabalho apresenta dados estatísticos sobre a atividade revisional do Senado no período 2012-2021. De fato, os resultados mostram baixo índice de alterações promovidas pela Câmara Alta no período analisado, além do tempo reduzido para a apreciação das MPs. Todavia, diante do baixo número de casos e para entender melhor a atividade do Senado, a pesquisa ingressa numa análise qualitativa da tramitação das MPs em apreciação pelo Senado, com a finalidade de obter maiores informações e avaliar em maior profundidade como se exerceu a atividade revisional.

Ao final, apresentam-se mecanismos alternativos de alteração de texto promovidos pelo Senado e mostra-se a complexidade da tramitação bicameral das matérias. Apesar de serem penalizados pelo tempo reduzido de análise das MPs, observa-se que os senadores recorrentemente se utilizam de

mecanismos para aprimorar o texto proveniente da Câmara dos Deputados, como as emendas de redação e as impugnações de matéria estranha, num verdadeiro jogo estratégico que considera o risco de as alterações serem derrubadas pelos deputados, além da atuação do presidente da República em casos extremos em que se firma o “compromisso de veto”.

2 Bicameralismo e revisão de projetos

“Se a segunda câmara concorda com a primeira, ela é inútil; se discorda, ela é ruim”. A frase, atribuída ao abade Sieyès no início da Revolução Francesa, tem sido um lugar-comum nos estudos sobre bicameralismo, pois expressa de modo sucinto e direto a desconfiança em relação a uma segunda casa nos parlamentos nacionais (TSEBELIS; MONEY, 1997; ARAÚJO, 2012; COAKLEY, 2014).

Com efeito, a desconfiança não se restringe ao plano retórico. Geralmente vistas como não democráticas, não representativas e elitistas, além de constituírem obstáculo desnecessário e custoso ao processo legislativo, as segundas câmaras se viram em crise a partir da segunda metade do século XX (COAKLEY, 2014). Observou-se a extinção do senado na Nova Zelândia (1950), Dinamarca (1953), Suécia (1970), Nicarágua (1980), Islândia (1991), Peru (1992) e Venezuela (1999) (LIJPHART, 2003; REYNOSO, 2010).

Entretanto, desde o começo do século XXI, a tendência em direção ao unicameralismo parece ter sido interrompida, com a instituição de 28 câmaras altas desde 1996, de forma que não é possível discernir um padrão consistente no avanço ou recuo do bicameralismo (COAKLEY, 2014). Diante desse quadro, hoje em dia é de se perguntar sobre a relevância e a justificativa para a existência das segundas câmaras nos parlamentos.

O bicameralismo surgiu numa contingência histórica num país específico, não como forma de engenharia política abstrata: foi uma cisão no parlamento britânico, ainda na Idade Média, que deu origem ao sistema bicameral, quase como um “acidente histórico” (COAKLEY, 2014, p. 544). O conselho de nobres convocado pontualmente pelo monarca foi, num processo paulatino e gradual, tanto se dividindo quanto crescendo em importância no contexto político da Inglaterra. Por volta do século XV, já se observavam duas casas com poderes iguais: uma câmara alta (House of Lords) reunindo a alta nobreza, com integrantes convocados nominalmente pelo rei, e uma câmara baixa (House of Commons), cujos integrantes representavam suas comunidades. O que começou como uma circunstância histórica, porém, logo se tornou modelo teórico pela estabilidade gerada ao longo do tempo (TSEBELIS; MONEY, 1997; RUSSELL, 2013).

Assim, o sistema bicameral, fortemente marcado pelo contexto histórico da divisão da aristocracia britânica, passou a servir de exemplo prático tanto nas teorias políticas de Montesquieu quanto nas dos Federalistas norte-americanos.

Montesquieu ressaltava a eficiência de um governo misto, reunindo tanto elementos monárquicos (o Executivo mais ágil nas mãos de um rei), quanto democráticos (uma câmara baixa de feição popular) e aristocráticos (uma câmara alta a servir de contraponto e freio ao órgão popular). Por sua vez, os Federalistas acrescentaram um argumento de peso aos motivos teóricos para a adoção do bicameralismo: a representação paritária dos estados federados no legislativo nacional. Apenas após esse *grande compromisso* foi possível viabilizar uma união federada entre as ex-colônias britânicas na América, de forma que é possível dizer que o Senado, na prática, fundou os EUA (BARBOSA, 1987).

Todavia, não foi apenas a justificativa da representação igualitária dos estados que pesou a favor da instituição de uma câmara alta nos EUA. Madison (1993) acresceu outras razões: o Senado traria maior controle sobre o governo e sobre os impulsos de uma assembleia popular; proporcionaria um ganho de qualidade e de estabilidade da legislação; por fim, seria o órgão de continuidade institucional no governo federal, uma vez que tanto a câmara baixa quanto a presidência da república estavam sujeitas ao ciclo eleitoral. Para cumprir essa missão, os senadores teriam um mandato maior, seriam mais experientes e a renovação da casa seria parcial.

O modelo norte-americano, a exemplo do britânico, passou a servir de paradigma para outros países desde então. Tsebelis e Money (1997) agrupam os argumentos para justificar o arranjo bicameral em duas grandes dimensões. A *dimensão política* tem por objetivo reforçar o sistema de freios e contrapesos criando dois órgãos legislativos com critérios de representação distintos, trazendo para dentro do Estado e das instituições políticas as clivagens sociais (diferenças étnicas, linguísticas, religiosas ou regionais). Por sua vez, a *dimensão da eficiência* busca, com duas casas legislativas, incrementar a moderação, a qualidade e a estabilidade das leis. Há, nos dizeres dos autores, “um sistema para descobrir erros depois que eles foram cometidos” (TSEBELIS; MONEY, 1997, p. 40, tradução nossa).

Se for assim, cabe analisar se de fato o sistema bicameral é produtivo para cumprir o que promete. No caso brasileiro, o Senado nasceu como uma segunda câmara aristocrática para barrar arroubos da assembleia popular e, com a Constituição republicana de 1891, converteu-se em órgão por excelência do pacto federativo, instituindo a representação paritária dos Estados no legislativo nacional, conforme o modelo norte-americano (CHACON, 1997). As Cartas constitucionais posteriores mantiveram o

modelo bicameral e deram à segunda casa contornos de moderação e estabilidade.

A Câmara dos Deputados e o Senado Federal têm diferenças marcantes quanto à forma de eleição, requisitos constitucionais e tamanho das casas, diferenças que tornam incongruente o bicameralismo no Brasil; contudo, ambas gozam de prerrogativas institucionais semelhantes. Em outras palavras, são simétricas, e o Senado brasileiro é um dos mais fortes do mundo em poderes constitucionais (NEIVA, 2008). Dessa forma, o arranjo bicameral no País é classificado como simétrico e incongruente, dimensões que traduzem um bicameralismo forte (LIJPHART, 2003).

Ao contrário de outros parlamentos, em que a câmara baixa detém prevalência em caso de conflito entre as casas legislativas (TSEBELIS; MONEY, 1997), no Brasil, Senado e Câmara estão em pé de igualdade com relação ao processo legislativo, pois a prerrogativa cabe à casa iniciadora, e não necessariamente à Câmara dos Deputados.

Entretanto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (BRASIL, [2022]) estipula que os projetos de iniciativa do Executivo deverão ter sua tramitação iniciada pela Câmara dos Deputados (art. 64). Tal dispositivo altera sensivelmente o jogo bicameral, em vista da grande proporção da legislação aprovada oriunda do Executivo (FIGUEIREDO; LIMONGI, 1999). Assim, por mais que em tese o bicameralismo no Brasil seja simétrico, na prática a Câmara acaba tendo maior relevância por deter mais frequentemente a prerrogativa de casa iniciadora.

Estudos sobre a Câmara Alta no Brasil ainda são incipientes, fato surpreendente dado o arranjo bicameral forte adotado no País. Em particular, ainda faltam pesquisas sobre a atividade revisora exercida pelo Senado, de forma a entender melhor seu padrão de atuação e se há, de fato, alguma melhora na legislação do País.

Em trabalho pioneiro, Figueiredo e Limongi (1996) constataram que, entre todas as leis aprovadas de 1989 a 1994, a grande maioria (89,3%) teve início na Câmara dos Deputados, e o Senado, como casa revisora, promoveu alterações em apenas 18% dos projetos.

Cobrando outro período, Rubiatti (2017) pesquisou os projetos de lei ordinária e complementar revisados pelo Senado entre 1999 e 2014.¹ Dentre os projetos efetivamente analisados por ele, a maioria (79,6%) foi aprovada sem alterações e seguiu diretamente para a sanção, ao passo que apenas 20,4% dos projetos emendados pelos senadores retornaram à Câmara.

Oliveira (2018), ao analisar a 54ª Legislatura (2011-2014), revela que mais de 80% das leis ordinárias aprovadas no período tiveram como casa

¹ Em sua amostra, porém, o autor excluiu as MPs e os projetos de lei orçamentária, que constituem boa parte da produção legislativa no País.

iniciadora a Câmara dos Deputados; diferentemente, o Senado alterou apenas 5,8% das matérias quando atuou como casa revisora. Examinando a legislatura seguinte (2015-2018), Simões e Silva (2020) utilizaram como recorte apenas as proposições iniciadas por parlamentares (projetos de lei ordinária, lei complementar e propostas de emenda à Constituição), excluindo, portanto, as matérias iniciadas pelo Executivo. Os autores demonstram que, quando atuou como casa revisora, a Câmara alterou 31,1% dos projetos, ao passo que o Senado alterou 16,7% das matérias.

Analisando especificamente as MPs, Brito (2019) constatou que, dentre as 655 MPs convertidas em lei de 2002 a 2018, o Senado promovera alterações em apenas 97 delas, ou 14,81%. O autor sugere que a limitação temporal possa ter influência na atividade revisional exercida pelos senadores.

O estudo mais complexo sobre a atividade revisora exercida pelo Senado é o de Araújo (2014), que analisa as determinantes dessa atividade entre 1989 e 2010 com relação aos projetos do Executivo. Para o autor, não são as características institucionais do bicameralismo os fatores determinantes na taxa de alteração promovida pela segunda casa, mas os arranjos partidários da coalizão governista, que envolvem negociações dinâmicas entre o Executivo, a Câmara e o Senado para produzir decisões políticas. Araújo (2014) mostra que o Senado, por ser menos fragmentado e com maior força do centro político em detrimento dos extremos ideológicos, apresenta um perfil adequado a manter o fluxo decisório, não se convertendo necessariamente num *veto point* do presidencialismo brasileiro. Porém, a Casa não é mera coadjuvante do processo político, já que o aumento na taxa de emendamento em virtude de coalizões maiores e heterogêneas indica que os senadores fazem valer seus interesses: utilizam estrategicamente suas prerrogativas em virtude de variáveis partidárias envolvidas na montagem da coalizão de governo.

Apesar de analisar períodos e utilizar recortes metodológicos diferentes, todas as pesquisas apresentam um panorama semelhante da atividade revisora do Senado em relação aos projetos da Câmara: 18% (FIGUEIREDO; LIMONGI, 1996); 20,4% (RUBIATTI, 2017); 14,81% (BRITO, 2019); 5,8% (OLIVEIRA, 2018); e 16,7% (SIMÕES; SILVA, 2020). *Grosso modo*, de cada seis projetos aprovados em revisão, o Senado altera apenas um deles.

Tais trabalhos apresentam um perfil agregado da atividade revisora realizada pelo Senado, sem perquirir se as alterações promovidas por ele são feitas com o objetivo de aperfeiçoar o projeto (função da eficiência), ou se têm por objetivo garantir os interesses dos grupos políticos representados na Casa (função política), consistindo num jogo de soma zero. Além disso, permanecem diversas lacunas no entendimento do arranjo

bicameral brasileiro. Por exemplo: há limitações institucionais no processo de emendamento? O Senado se vale de outros mecanismos para promover alterações? A Câmara atende por antecipação aos interesses dos senadores?

O presente estudo avança nessa questão com base na revisão de MPs pelo Senado. Analisar essa matéria específica apresenta algumas vantagens metodológicas: a MP é matéria de autoria do Executivo, de forma que sua tramitação obrigatoriamente se inicia na Câmara dos Deputados – ou seja, não cabe ao Senado a prerrogativa de casa iniciadora. Ademais, as MPs têm prazo certo de vigência, o que força uma decisão tempestiva tanto da Câmara quanto do Senado. Por fim, o constrangimento temporal pode fazer com que o Senado recorra a mecanismos heterodoxos que passam ao largo do processo formal de emendamento.

3 Processo legislativo das medidas provisórias

Previstas desde a promulgação da CRFB, as MPs são atos exarados pelo Executivo com força de lei desde sua edição, devendo ser convertidas em lei pelo Congresso num prazo certo, sob pena de perderem a eficácia desde a origem. Como outros tipos de decretos executivos, as MPs, são instrumentos institucionais que reforçam o poder do Executivo em promover sua agenda política (CAREY; SHUGART, 1998).

Inicialmente, as MPs tinham validade de 30 dias e eram votadas em sessões conjuntas (quando a Câmara e o Senado se reuniam ao mesmo tempo). Nesse formato de tramitação, quando a MP era analisada no mesmo momento processual pelas duas Casas, o Senado não exercia a função revisora. O acontecimento mais relevante desse período inicial foi a consolidação da prática de reedição de MPs não convertidas em lei no prazo constitucional, prática posteriormente autorizada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e que teve como consequência as reedições frequentes de uma mesma MP pelo presidente da República diante da inação deliberada e calculada da maioria governista no Congresso (FIGUEIREDO; LIMONGI, 1997; ALMEIDA, 2014; BEDRITCHUK, 2021).

Em 2001, uma reforma constitucional do instituto das MPs alterou substancialmente o rito de tramitação ao instituir a apreciação separada em cada uma das Casas, com o início do processo de conversão sempre na Câmara. A Emenda Constitucional (EC) nº 32, de 2001 (BRASIL, 2001), aumentou o prazo de vigência da matéria de 30 para 120 dias, mas tal prazo passou a correr em conjunto para as duas Casas. O novo rito teve por consequência deixar ao Senado o papel de revisor das MPs, além da perda pelo Senado do controle temporal de apreciação, já que a Câmara passou a determinar o momento em que votaria a MP e a enviaria ao

Senado (NICOLAU, 2009; SILVA; ARAÚJO, 2013; BEDRITICHUK, 2017). Desde então, não foi incomum as MPs chegarem ao Senado poucos dias antes do fim do prazo de vigência, virtualmente impossibilitando qualquer tentativa de alteração do texto, uma vez que as emendas aprovadas deveriam retornar à Câmara para análise.

O trâmite das MPs também foi alterado em 2012 por uma decisão do STF, que determinou a obrigatoriedade de análise de cada MP por comissão mista antes da análise pelos plenários de cada Casa. Até então, uma comissão formada por deputados e senadores era formalmente constituída, mas na prática não funcionava: um dispositivo regimental permitia que a matéria fosse diretamente a plenário mesmo sem o parecer de tal colegiado. Ao determinar a obrigatoriedade do parecer da comissão mista, a decisão instituiu três arenas decisórias no processo de conversão das MPs: a comissão mista, o plenário da Câmara e o plenário do Senado, fato que “inflacionou” a MP como instrumento de promoção da agenda do Executivo e acarretou maiores dificuldades para a conversão em lei dessas matérias, bem como para o gerenciamento da coalizão governista (BEDRITICHUK, 2017).

É justamente na apreciação das MPs que o papel revisor do Senado tem sido colocado em xeque. O pouco tempo para a análise e a proeminência das matérias veiculadas por MPs, caras à agenda do Executivo, exercem pressão para que o Senado aprove a matéria tal como veio da Câmara, sob pena de ver escoar o prazo de vigência e ser responsabilizado pela perda de eficácia da norma.

Não à toa, o Senado passou a resguardar-se desse risco impondo exigências informais à Casa vizinha. Foi assim, por exemplo, na decisão dos senadores José Sarney em 2003 (DIÁRIO DO SENADO FEDERAL, 2003, p. 6.812), Renan Calheiros em 2013 (DIÁRIO DO SENADO FEDERAL, 2013, p. 26.819) ou Eunício Oliveira em 2017 (DIÁRIO DO SENADO FEDERAL, 2017b, p. 84). Todos os presidentes firmaram um prazo mínimo para que o Senado pudesse deliberar sobre as MPs, forçando a Câmara dos Deputados a apreciá-las no prazo estipulado.

Também nessa linha foram apresentadas diversas propostas para alterar o rito de tramitação das MPs e garantir ao Senado um prazo mínimo de análise. A mais avançada delas foi a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 70/2011, aprovada em dois turnos pela Casa no mesmo ano de sua apresentação, alterada pela Câmara em 2019 e finalmente aprovada pelo Senado em julho de 2019. A proposta estabelecia que ele teria no mínimo 30 dias para apreciar a MP aprovada pela Câmara. Entretanto, divergências no texto aprovado pelas duas Casas impediram a promulgação da norma, de forma que o rito de tramitação vigente ainda é o previsto pela EC nº 32/2001 – prazo de 120 dias que corre em conjunto para ambas.

Ao analisar as MPs, é comum que os senadores critiquem o pouco tempo disponível para sua apreciação e, muitas vezes, a impossibilidade de emendar o texto, dado que a Câmara não teria tempo para aprovar as mudanças. Inconformados com o papel de meros “carimbadores” dos projetos da Câmara, segundo expressão deles próprios, muitos senadores ressentem-se do rito de tramitação das MPs e de sua “indignidade” no papel de legisladores coadjuvantes².

Teria razão a crítica feita pelos senadores? Em que medida o Senado exerce o seu papel revisor no processo de conversão em lei das MPs e o quanto ele tem contribuído para aperfeiçoar a legislação aprovada na Câmara são questionamentos que merecem ser investigados. Além de caracterizar, do ponto de vista quantitativo, o processo de revisão de MPs pelo Senado, este trabalho busca explicações institucionais, por meio de estudos de caso mais aprofundados.

A Tabela 1 mostra as MPs não orçamentárias apreciadas pelo Senado Federal no período de dez anos, de 2012 a 2021, e o resultado das matérias na Casa. O período abrange os mandatos de três presidentes da República, cinco presidentes da Câmara e cinco do Senado, além de coalizões de governo totalmente diferentes.

Tabela 1

Resultado das MPs apreciadas pelo Senado (2012-2021)

Governo	Ano	MPV aprovada	PLV aprovado	Alterada pelo SF	Rejeitada	Perda de eficácia	Total
Dilma I	2012	2	26	-	-	2	30
	2013	1	19	2	-	1	21
	2014	3	11	2	-	-	14
Dilma II	2015	-	29	1	-	1	30
	2016	-	8	-	-	-	8
Temer	2016	-	27	-	-	1	28
	2017	1	25	1	1	-	27
	2018	6	22	1	-	1	29
Bolsonaro	2019	3	19	-	1	2	25
	2020	7	34	5	-	1	42
	2021	8	31	10	1	-	40
Total		31	251	22	3	9	294

Fonte: elaborada pelos autores com base em dados do Senado Federal.

² Alguns exemplos recentes envolvem os senadores Renan Calheiros (DIÁRIO DO SENADO FEDERAL, 2021c, p. 26), Jean Paul Prates (DIÁRIO DO SENADO FEDERAL, 2021b, p. 15), Jorge Kajuru (DIÁRIO DO SENADO FEDERAL, 2021a, p. 62), Fabiano Contarato (DIÁRIO DO SENADO FEDERAL, 2020b, p. 35), Carlos Portinho (DIÁRIO DO SENADO FEDERAL, 2020c, p. 40), Veneziano Vital do Rêgo (DIÁRIO DO SENADO FEDERAL, 2020a, p. 76) e Alvaro Dias (DIÁRIO DO SENADO FEDERAL, 2019, p. 73).

Chama a atenção o baixo número de MPs rejeitadas ou que tenham perdido eficácia no Senado. Regra geral, as MPs são aprovadas pelos senadores, o que indica que uma MP tem boas chances de ser aprovada também no Senado se passar pela filtragem da Câmara dos Deputados, onde é maior a fragmentação partidária e a força dos extremos ideológicos (ARAÚJO, 2014).

Ressalte-se também o baixo número de MPs emendadas pelo Senado e que retornaram à Câmara dos Deputados (apenas 22 num universo de 294, ou 7,48%). Entretanto, o percentual é o esperado de acordo com o que se encontra na literatura em outros recortes metodológicos, ainda mais se se considerar que, no caso específico das MPs, o pouco tempo de análise é um limitador natural das possibilidades de alteração pelo Senado. Por fim, destaque-se o grande número de MPs alteradas pelo Senado em 2021 (10 MPs), o que representa quase a metade das alterações promovidas por ele em todo o período analisado.

O tempo disponível para a análise do Senado pode ser observado na Tabela 2, que apresenta a média de tempo de análise, segmentada por ano de envio da medida MP e calculada em dias entre a data de aprovação da MP na Câmara e o prazo final de sua vigência.

Tabela 2

Tempo disponível do Senado para a análise de MPs (média em dias)

Governo	Ano	Tempo disponível do SF (média em dias)
Dilma I	2012	46,64
	2013	18,92
	2014	36,35
Dilma II	2015	28,92
	2016	10,62
Temer	2016	19,20
	2017	11,77
	2018	27,31
Bolsonaro	2019	15,08
	2020	19,80
	2021	22,20

Fonte: elaborada pelos autores com base em dados do Senado Federal.

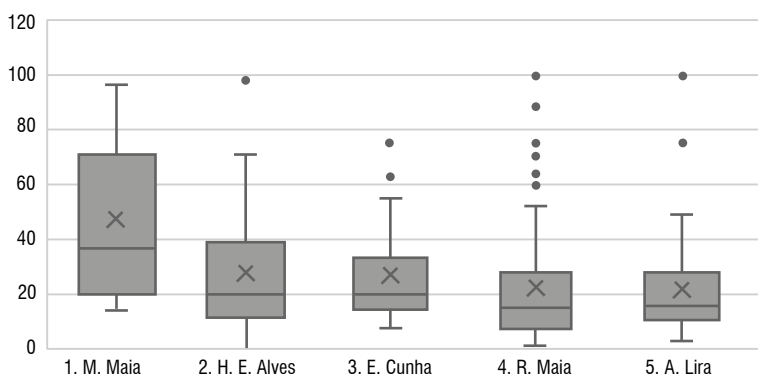
Uma vez que há muitos dados discrepantes, a média não é o melhor parâmetro estatístico para avaliar a distribuição dos dias, pois há casos isolados que podem mover a média para cima ou para baixo, sem refletir com exatidão a distribuição dos dias. No presente caso, é recomendável

analisar os dados por períodos específicos e visualizar tanto a média quanto a dispersão dos dados em torno dela.

O Gráfico 1 mostra a distribuição dos dados para cada MP, agrupadas por períodos. Adotaram-se como parâmetro as presidências da Câmara dos Deputados.

Gráfico 1

Distribuição do prazo disponível ao Senado (em dias)



Fonte: elaborado pelos autores com base em dados do Senado Federal.

Parece haver uma tendência histórica de diminuição do tempo disponível para o Senado. Em geral, a grande maioria dos dados concentra-se ao redor de 20 dias, o que dá à Casa pouco mais de duas semanas para analisar as MPs.

Feita essa caracterização descritiva do processo de alteração das MPs pelo Senado nos últimos dez anos, cabe avançar na análise e buscar explicações para os resultados encontrados. A baixa frequência dos casos de revisão (22 casos num universo de 294) e a necessidade de se incorporar o contexto para robustecer a análise fazem com que o desenho de pesquisa recomendado seja do tipo *small-N* (KING; KEOHANE; VERBA, 1994; HALL, 2006). A seção seguinte pormenoriza a escolha dos casos, bem como as técnicas utilizadas.

4 Mecanismos alternativos de alteração

Um desenho de pesquisa com poucos casos propicia riqueza de informações sem deixar de apresentar preocupação analítica (FLYVBJERG, 2011) e pode alcançar “generalizações contingentes”, bem como maior

poder explicativo para lidar com as condições de ocorrência do fenômeno e de mecanismos causais (GEORGE; BENNETT, 2005). O rastreamento de processos é capaz de acessar uma diversidade de informações e iluminar aspectos pouco explorados de uma cadeia de causalidade.

De modo a reduzir a amostra inicial com vistas a realizar uma “análise sistemática de processos” (HALL, 2006), foi utilizado o critério *most-likely* de seleção de casos (GEORGE; BENNETT, 2005). De todas as MPs analisadas pelo Senado no período, selecionaram-se as que mais receberam emendas parlamentares³. O número de emendas parlamentares pode funcionar como uma *proxy* do nível de atratividade da MP e indicar a complexidade ou a polêmica da matéria (SILVA; ARAÚJO, 2013) – ou seja, quanto mais emendas são apresentadas a uma determinada MP, maior o interesse que o Congresso tem em sua alteração. Assim, a hipótese é que as MPs mais atrativas – ou mais polêmicas – têm maior probabilidade de serem alteradas pelo Senado. Tal recorte reduziu a amostra para 45 MPs.

De forma geral, a limitação temporal tem impacto nas possibilidades de alteração pelo Senado. Dentre as 45 MPs analisadas, apenas nove tiveram tempo de análise superior a 30 dias, isto é, em apenas nove ocasiões o Senado dispôs de mais de 30 dias para apreciar uma MP. Em todos os outros casos, o prazo de análise foi mais curto, e em 11 deles o prazo foi igual ou inferior a uma semana, deixando à Câmara Alta pouca margem para alterar o texto.

Todavia, como a Casa se comportou nesses nove casos em que teve mais de 30 dias para analisar MPs polêmicas? Foram formalmente emendadas pelo Senado três MPs (MPs 944,

1.031 e 1.040); as outras cinco não foram alteradas, apesar de polêmicas e de tramitarem no Senado por longo tempo. Seria, então, o Senado uma “casa carimbadora”? Ora, há detalhes de tramitação que não podem ser negligenciados. O principal deles é que quatro delas (MPs 568, 579, 656 e 746) tiveram senadores como relatores nas respectivas comissões mistas que analisaram as matérias antes da análise pelo plenário. Como apontado anteriormente (BEDRITICHUK, 2017), o funcionamento das comissões mistas reequilibrou a balança do bicameralismo ao permitir a participação ativa de senadores na fase inicial de tramitação das MPs, seja assumindo a importante tarefa de relatar as matérias, seja tomando parte nas negociações travadas no colegiado misto. Assim, não surpreende que o Senado perca o interesse em alterar tais MPs, ainda que dispunha de tempo suficiente para eventuais alterações, uma vez que se pode considerar que os senadores já tiveram seus interesses atendidos pelo trabalho na comissão mista.

Evidentemente, apesar de apontar para uma tendência, o baixo número de casos é incompleto para explicar o comportamento do Senado. Procedeu-se, então, ao rastreamento de processo quanto à tramitação daquelas 45 MPs no Senado, buscando informações contextuais e sobre a sequência de eventos. Os dados foram obtidos na tramitação das matérias no site do Senado, além de pesquisas no *Diário do Senado Federal* e nas respectivas notas taquigráficas de todas as discussões e votações.

Se, como diz o senso comum dentro do próprio Congresso, o Senado é apenas uma “casa carimbadora” dos projetos da Câmara, espera-se um comportamento passivo da Casa diante das MPs aprovadas pela Câmara Baixa, mormente ao se considerar o pouco tempo para a análise. Por outro lado, se o Senado tem alto grau de simetria e fortes poderes constitucionais, e se exerce um dos papéis precípuos de uma segunda

³ Utilizou-se como recorte o percentil 85, selecionando-se o grupo de 15% das que mais receberam emendas parlamentares.

câmara – que é o de aprimorar a legislação –, espera-se que a análise factual e as informações levantadas mostrem uma intensa negociação a respeito das MPs, além de eventuais mecanismos alternativos de alteração do texto aprovado pela Câmara, a despeito de se observarem poucos casos de alteração efetiva.

Surpreendentemente, os resultados da análise revelam facetas escondidas da mera análise estatística de emendamento e mostram que o Senado se vale de outros mecanismos institucionais para aprimorar as MPs, fato que ressalta a importância de desenhos de pesquisa que consideram o contexto e reúnem diversas informações. Há três mecanismos de alteração do texto utilizados pela Câmara Alta: emenda de redação, impugnação de matéria estranha e compromisso de veto.

a) Emendas de redação

De acordo com as normas internas do Congresso, uma emenda que mude apenas a redação do dispositivo, sem alterar o comando normativo, é considerada emenda de redação. A distinção é importante, pois a aprovação de uma emenda de redação não enseja o retorno da matéria à casa iniciadora, tal como decidido pelo STF em antigo precedente no âmbito da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 3/UF (BRASIL, 1999).

Ferreira Júnior (2018) apontou a prática por meio da qual os senadores aprovam emendas de mérito, mas classificam-nas como de redação, a fim de que não seja necessário devolver a matéria à Câmara dos Deputados para a análise da alteração. Há aqui um forte grau de discricionariedade, pois a própria Casa decide o que é *emenda de redação* e o que é *emenda de mérito*. O Regimento Interno do Senado (art. 234, parágrafo único (BRASIL, [2023])) dispõe que, havendo divergência sobre se a

emenda é de redação ou de mérito, deve ser consultada a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Ainda assim, trata-se de uma decisão interna da Casa.

Há casos em que se evidencia a mera correção redacional proposta pelos senadores, decorrente de lapso manifesto ou de má técnica legislativa observados no texto proveniente da Câmara dos Deputados. Como na MP 651, em que o relator, senador Walter Pinheiro (PT-BA), incluiu apenas uma vírgula após a palavra *controlada*, “para deixar claro que os adjetivos direta ou indireta se referem à pessoa jurídica controlada” (DIÁRIO DO SENADO FEDERAL, 2014, p. 194) no art. 37 do projeto. Ou, ainda, na MP 870, quando permaneceu no art. 37, XXI, do projeto referência equivocada ao Ministério da Agricultura relativa a direitos dos indígenas, quando tal competência foi alocada (tanto na comissão mista quanto na Câmara dos Deputados) para o Ministério da Justiça. A remissão presente no citado dispositivo, portanto, foi equívoco de redação corrigido pelo Senado por meio de emenda de redação.

Há outros casos, porém, em que não fica tão claro se a emenda é mera adequação redacional ou se toca no mérito. A MP 1.061, por exemplo, que criou os programas sociais Auxílio Brasil e Alimenta Brasil, teve seis emendas de redação aprovadas pelo Senado e encaminhadas à sanção presidencial. Uma das emendas dispôs que os benefícios seriam pagos não por *instituição financeira federal* (como na redação da Câmara), mas por *agente pagador* (art. 4º, § 10). Outra emenda de redação, por sua vez, alterou dispositivo que tratava de uma das finalidades do programa Alimenta Brasil: *fortalecer circuitos locais e regionais e redes de comercialização*, acrescentando ao final a expressão *inclusive os do coco babaçu* (art. 30, VI (BRASIL, 2021)).

Podem-se elencar outros casos semelhantes, em que há dúvida sobre se a emenda é apenas de

redação ou se não afetaria o mérito da norma. O mais emblemático deles ocorreu no âmbito da MP 759: ao apreciar a matéria, o Senado aprovou oito “adequações redacionais” (nomenclatura que a Casa utilizou na ocasião, mas com a mesma natureza de uma emenda de redação) e enviou a matéria à sanção presidencial. Argumentando que as emendas eram de mérito e que, portanto, deveriam retornar à Câmara dos Deputados, parlamentares do PT entraram com mandado de segurança no STF. Em decisão liminar no MS nº 34.907/DF, o ministro Luís Roberto Barroso, por entender que as emendas não foram meramente redacionais, mas de mérito, determinou que a matéria retornasse à Câmara para análise das alterações promovidas pelo Senado:

No caso concreto, houve aparentes modificações substanciais no texto aprovado pelo Senado Federal e encaminhado diretamente à sanção presidencial. Verifica-se, por exemplo, que o art. 92 da versão aprovada no Senado inseriu um § 4º no art. 8º-A da Lei nº 13.420/2015, que sequer existia no texto aprovado na Câmara dos Deputados (BRASIL, 2017, p. 4).

Nesse caso, a MP 759 retornou à Câmara e todas as emendas inseridas pelo Senado foram acatadas pelos deputados. Ressalte-se, porém, que em muitos casos entra-se num terreno discricionário sobre o que seria uma alteração meramente redacional e o que seria uma alteração de mérito.

A prática de aprovar emendas de redação foi observada em 16 casos do universo das MPs analisadas. O nível de alteração não é desprezível: foram modificados 44 dispositivos, uma média de quase 3 emendas de redação por MP⁴.

Um fator parece comum a esses 16 casos: o pouco tempo para análise. Com efeito, a média do tempo disponível para o Senado foi de 17 dias, o que equivale *grosso modo* a duas semanas úteis de trabalho legislativo. Ou seja, o Senado teria pouco mais de uma semana para conhecer, analisar e deliberar sobre o texto da MP, deixando a Câmara apreciar eventuais alterações na semana derradeira de vigência da MP. Além de o pouco tempo tornar difícil o processo de mobilização de interesses com o fito de promover alterações na MP (SILVA; ARAÚJO, 2013), o eventual retorno da matéria à Câmara dos Deputados pode ser politicamente temerário pelo risco de perda de vigência. Desse modo, ainda que em alguns casos seja questionável, a emenda de redação afigura-se aos senadores como mecanismo seguro para promover mudanças no texto da MP.

Ademais, nesse caso tem-se satisfeita a função revisora por excelência, funcionando o bicameralismo brasileiro como “um sistema para descobrir

⁴Foi excluída da análise a MP 1.031, que, apesar de ter tido emenda de redação, recebeu outras emendas de mérito e acabou retornando à Câmara dos Deputados.

erros depois que eles foram cometidos”, nos dizeres de Tsebelis e Money (1997, p. 40, tradução nossa).

b) Impugnação de matéria estranha

É bastante conhecida na prática parlamentar a figura dos “jabutis”, como são conhecidos no folclore político os “contrabandos” legislativos inseridos nas MPs. São emendas parlamentares com pouca ou nenhuma conexão com o objeto da MP, incluídas apenas para aproveitar o rito de urgência da matéria. Em 2015, no âmbito da ADI nº 5.127/DF (BRASIL, 2015b), o STF declarou que a prática de inserção de matéria estranha à MP é inconstitucional por ferir o devido processo legislativo. A partir de então, Câmara e Senado têm adotado procedimentos legislativos distintos para remover os “jabutis”.

O Senado adotou o procedimento chamado *impugnação de matéria estranha* com base na Questão de Ordem nº 6/2015 (BRASIL, 2015a). Antes de votar o mérito da MP, a Casa aprecia eventuais impugnações apresentadas por parlamentares contra dispositivos alegados como estranhos ao objeto tratado na matéria principal. Trata-se juridicamente de uma preliminar, cujo efeito principal, se aprovada, é o não conhecimento da matéria, e não sua rejeição. Essa interpretação dada pelo Senado tem efeito prático significativo.

Se o Senado rejeitar um dispositivo da MP – o art. 8º, por exemplo –, essa alteração deverá ser apreciada pela Câmara. Os deputados poderão concordar com a supressão do art. 8º pelo Senado ou desejar mantê-lo a despeito da manifestação contrária dos senadores. Diferente será o tratamento se o Senado considerar o art. 8º matéria estranha à MP. Em tal situação, os senadores aprovarão a impugnação de matéria estranha, sem sequer chegar a conhecer de tal dispositivo. Se aprovada, a matéria seguirá à sanção presidencial, sem precisar retornar à Câmara dos Deputados. Nesse caso, considera-se não que o Senado tenha rejeitado o art. 8º, mas que não o recebeu por julgá-lo matéria estranha. Pode-se argumentar que a impugnação de matéria estranha funciona como “emenda saneadora de inconstitucionalidade”, mas que recebe o nome de *emenda* apenas porque foi o veículo legislativo por meio do qual a retirada do texto foi proposta (NASCIMENTO, 2020).

Uma vez que há certa discricionariedade na determinação do que seja ou não matéria estranha, segue-se que sua impugnação pode ser utilizada pelo Senado como mecanismo para impedir que a supressão de determinado dispositivo da MP tenha de retornar à Câmara dos Deputados e ser apreciada por ela. Com efeito, conflitos políticos entre as duas câmaras já ocorreram justamente em torno de divergências interpretativas do que

seria ou não *matéria estranha*, fato que aponta para eventual uso político do mecanismo⁵.

Nas MPs analisadas, a impugnação de matéria estranha foi utilizada em quatro ocasiões (MPs 783, 881, 899 e 1.040), suprimindo vinte dispositivos desses textos. Trata-se de importante mecanismo de aprimoramento. Tal como na emenda de redação, há forte grau de discricionariedade na definição do que tem ou não pertinência temática, o que pode ser explorado politicamente para promover supressões de texto sem que com isso a matéria tenha de retornar à Câmara dos Deputados. Seja como for, trata-se de mais um mecanismo que reforça a função revisora exercida pelo Senado, ainda que não pela via tradicional do emendamento.

c) Compromisso de veto

A falta de tempo para análise é um limitador natural para a atuação do Senado no processo das MPs. Quando a pauta é relevante para a agenda do governo, a negociação no Senado passa a ser do tipo *tudo ou nada*, por mais que os senadores discordem de um ou outro ponto da MP: ou o Senado aprova a MP tal como veio da Câmara ou altera o texto, mas corre o risco de ver toda a medida perder a validade se a Câmara não apreciar as alterações tempestivamente. Por isso, no limite, a decisão acaba sendo entre aprovar a MP sem alterações ou condená-la à caducidade.

Aliás, esse muitas vezes é o argumento da base governista para buscar a cooperação da oposição na votação de uma MP importante. Referendar o texto da Câmara seria a única alternativa viável e plausível, como relata em plenário o senador Waldemir Moka (PMDB-MS) na votação da MP 651/2014 em 29/10/2014: “Mas nós não temos outra maneira de resolver

o assunto: ou nós votamos isso ou vamos perder tudo aquilo que é tratado pela medida provisória. E aí nós vamos prejudicar vários segmentos importantes contemplados pela medida provisória” (DIÁRIO DO SENADO FEDERAL, 2014, p. 206).

Como última alternativa, é comum recorrer ao expediente chamado *compromisso de veto*. Trata-se de acordo normalmente intermediado pelo líder do governo na Casa mediante o qual o Senado aprova o texto da MP tal como saiu da Câmara desde que o presidente da República se “comprometa a vetar” determinado trecho ou dispositivo de que os senadores discordam. Nas MPs analisadas, o compromisso de veto foi utilizado em três ocasiões (MPs 651, 665 e 765), viabilizou acordos com a oposição e permitiu a aprovação das matérias no Senado.

Na MP 651/2014, havia grande divergência entre os senadores com relação a dois dispositivos da matéria (arts. 35 e 107). A possibilidade de alterar o texto e enviá-lo de volta à Câmara esbarrava na limitação temporal, ainda que sob crítica de alguns senadores⁶, e também no receio de que os deputados pudessem descartar as alterações promovidas pelo Senado⁷. Aliás, esse é um ponto interessante: como casa iniciadora das MPs e dos projetos de autoria do Executivo em geral, a Câmara detém a prerrogativa de dar a palavra final sobre as emendas aprovadas pelo Senado. Desse modo, o compromisso de veto torna-se um mecanismo que o Senado utiliza para passar ao largo desse risco. No caso analisado, o acordo

⁶ Senador Aloysio Nunes Ferreira (PSDB-SP): “A Câmara tem de trabalhar. As pessoas ganham para trabalhar. Meu Deus do céu! Será que a Câmara não vai poder votar um artigo em uma semana?” (DIÁRIO DO SENADO FEDERAL, 2014, p. 203).

⁷ Senador Roberto Requião (PMDB-PR): “É evidente que, se esta matéria vier a voltar para a Câmara, a Câmara vai reafirmar a barbaridade. Portanto, embora concordando com o Senador Aloysio em tese, objetivamente, eu voto pela rejeição do destaque, para que não volte à Câmara esta matéria” (DIÁRIO DO SENADO FEDERAL, 2014, p. 204).

⁵ Ver Sardinha (2020).

para vetar os dispositivos objetos de dissenso foi formalizado mediante a palavra do líder do governo na Casa, senador José Pimentel, e a fala de outros senadores informando que houvera a concordância de ministros do governo. Com base somente nesse entendimento, os líderes passaram a orientar favoravelmente suas bancadas, reforçando o compromisso de veto pelo governo. Com efeito, tanto o art. 35 quanto o art. 107 foram vetados pela Presidência da República.

O mesmo procedimento foi observado nas MPs 665/2014 e 765/2017: dada a divergência relativa a pontos polêmicos, anunciou-se o pacto para compromisso de veto pelo Executivo, o que permitiu a celebração de acordos para a aprovação das respectivas matérias no Senado. Acordou-se com os parlamentares o veto executivo. Com relação à MP 765, há ainda a incidência de um fato corriqueiro da prática parlamentar: a “emenda de redação para facilitar o veto”. Trata-se da reorganização do texto, normalmente desmembrando um dispositivo em incisos ou alíneas, com o objetivo de isolar trechos polêmicos e permitir o veto executivo. Nota-se tal prática na fala do senador Romero Jucá (PMDB-RR):

Eu gostaria de dizer, primeiro, que nós vamos cumprir aqui o entendimento firmado com os Líderes. Primeiro, eu estou propondo ao Relator, Senador Fernando Bezerra, uma emenda de redação, dentro do art. 93, separando parte do art. 93 do *caput* num § 1º, [...]. *Essa emenda de redação vai possibilitar o veto* no que diz respeito à questão da cessão de servidores do serviço social autônomo (DIÁRIO DO SENADO FEDERAL, 2017a, p. 12, grifo nosso).

O mecanismo de compromisso de veto não deixa de ser um expediente de alteração de texto alternativo utilizado pelo Senado. Aliás, como visto, recorrer ao veto às vezes pode ser mais vantajoso que a própria alteração por emenda, pois o Senado passa ao largo do risco de ver a Câmara reverter a alteração. A estratégia, entretanto, é ainda arriscada, pois depende da manifestação de outro ator, que pode simplesmente descumprir o acordo. Seja como for, o compromisso de veto é uma forma de alterar e aprimorar o texto de uma MP diante da limitação temporal.

d) Emendas de plenário

Pode-se proceder a outro recorte metodológico para entender melhor o alto nível de alterações promovidas pelo Senado em 2021. No período dos dez anos analisados, os senadores aprovaram alterações nas MPs em 22 ocasiões, dez delas apenas em 2021. A pesquisa analisou sistematicamente processos relativos a essas MPs, o que propiciou maiores informações para compreender os fatores associados a esse alto nível de

emendamento. Ora, o tempo disponível para a análise das MPs é semelhante ao de outros períodos.

Durante a pandemia da Covid-19, as MPs tramitaram sob rito simplificado, aprovado pelo Ato Conjunto das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal nº 1, de 2020. Nesse rito especial, duas inovações significativas ocorreram: primeiro, as comissões mistas foram dispensadas, com as MPs seguindo direto para a apreciação no plenário da Câmara; e permitiu-se a apresentação de emendas parlamentares em plenário. No rito tradicional, as emendas parlamentares são apresentadas na fase inicial da matéria, nos seis primeiros dias de tramitação da MP, tanto por deputados quanto por senadores. Após esse período, apenas o relator na comissão mista tem a possibilidade de inovar o texto. Na análise pelos plenários, não é possível mais apresentar emendas, senão apenas destacar para votar separadamente emendas já apresentadas no prazo inicial.

O rito especial da pandemia alterou esse quadro ao permitir que os parlamentares apresentassem emendas até o final da discussão no plenário da respectiva casa. Evidentemente, tal regra ampliou o leque de possibilidades de alterar o texto, não se restringindo apenas às emendas oferecidas inicialmente. Com isso, naquelas dez alterações promovidas pelo Senado em MPs em 2021, as emendas aprovadas foram as “de plenário”, e não as apresentadas no prazo inicial.

As emendas de plenário ampliam a possibilidade de negociação entre os senadores, levando à redação de um texto de consenso na discussão da matéria em plenário. Há maior espaço para a conciliação de interesses com a possibilidade de uma nova rodada de emendas ao final do processo de tramitação. Nesse caso, os senadores já conhecem o que foi aprovado pela Câmara e quais são os pontos mais delicados da matéria pela maturação dos efeitos da MP na sociedade (AMORIM NETO; TAFNER, 2002). Redigir uma emenda nesse momento processual torna o processo mais objetivo e acurado; permite, além disso, composições políticas de última hora.

Assim, as emendas de plenário foram uma inovação do rito especial da pandemia, mas mostram como regras de processo legislativo podem influenciar no comportamento de atores políticos e também das casas do Congresso Nacional.

5 Considerações finais

Com a função legislativa exercida por duas casas, por certo torna-se mais complexo o processo de produção de leis. Pode-se questionar o

papel efetivo exercido pela segunda câmara, e, no limite, se ela é mesmo necessária.

O bicameralismo brasileiro, juridicamente, tem sua razão de ser mais evidente para cumprir a *função política* de conferir uma representação paritária aos estados-membros no âmbito da formação da legislação nacional. Com efeito, o Senado parece ser uma exigência óbvia da organização do Estado em federação. Não obstante, ainda é preciso estudá-lo mais a fundo para entender melhor sua prática e função tanto no sistema bicameral quanto no presidencialismo de coalizão.

Questiona-se se o Senado seria mera “casa carimbadora” dos projetos oriundos da Câmara dos Deputados, conforme expressão comumente utilizada pelos próprios senadores. O presente trabalho investigou as alterações promovidas pelos senadores nas MPs no período 2012-2021, para compreender melhor a atuação da Câmara Alta na apreciação de matéria com prazo certo de tramitação e central para a agenda política do Executivo.

Os resultados estatísticos revelam baixo nível de emendamento no Senado. Regra geral, as MPs são aprovadas pelos senadores, sendo raras as vezes em que eles promovem alteração no texto, e mais raras ainda as ocasiões em que a MP é rejeitada ou perde sua vigência por decurso de prazo. Tal resultado alinha-se a estudos anteriores que demonstram que o Senado não se apresenta como um *veto player* no presidencialismo brasileiro (BRANCO, 2008; NEIVA, 2011). Possíveis explicações podem residir no seu caráter mais moderado, na menor fragmentação e na menor incidência dos extremos ideológicos comparativamente à Câmara (ARAÚJO, 2014) – e também na força política dos acordos provenientes da Câmara, já negociados com o governo, com os deputados e suas lideranças partidárias e, eventualmente, com os senadores, por antecipação (OLIVEIRA, 2018).

Contudo, além de caracterizar o processo de emendamento realizado pelo Senado nas MPs, o trabalho preencheu a lacuna sobre os mecanismos utilizados para aprimorar texto oriundo da Câmara, mas que passam ao largo do processo de emendamento formal. Análises mais pormenorizadas da tramitação das matérias no Senado revelam a existência de três instrumentos comuns utilizados pelos senadores no período: a emenda de redação, a impugnação de matéria estranha e o compromisso de veto.

A emenda de redação e a impugnação de matéria estranha são instrumentos com embasamento jurídico; mas, por serem discricionários, podem desbordar de seu uso regular para se constituírem em verdadeiros mecanismos de alteração do texto da MP com a vantagem de não exigir o retorno à Câmara dos Deputados. Tal fenômeno revela a dinâmica complexa dos acordos políticos e a adaptação das instituições políticas. O compromisso de veto, por sua vez, envolve a atuação de ator externo, apresentando um risco de não cumprimento, mas também revela que os esforços para o gerenciamento do presidencialismo de coalizão (e, especificamente, da agenda legislativa do Executivo) abarcam uma gama de negociações realizadas pelo Executivo nas duas Casas do Congresso Nacional (SILVA; ARAÚJO, 2013). Por fim, a pesquisa mostrou como institutos do processo legislativo podem ter impactos imediatos no comportamento dos atores políticos. No caso, o rito especial de tramitação de MPs na pandemia, ao permitir a apresentação de emendas em plenário, facilitou a composição de acordos de última hora e, com isso, ampliou a possibilidade de alterações pelos senadores.

A pesquisa revelou que o tempo disponível para os senadores apreciarem as MPs de fato é bastante curto, o que em diversos casos dificulta ou impossibilita um emendamento. Entretanto, revelou também que, mesmo quando o tempo

disponível para a análise era elevado, foram utilizados mecanismos alternativos de alteração do texto, como emendas de redação e impugnação de matéria estranha, sem a incidência do emendamento formal, o que leva a crer que um prazo mínimo para a análise dos senadores, tal como previsto em diversas propostas de emenda à Constituição, não teria por si o condão de elevar o número de alterações promovidas pelo Senado.

De um lado, esse fenômeno parece estar mais relacionado à possibilidade de apresentar, em plenário, emendas mais precisas na conciliação de interesses em momento de maior maturação do processo legislativo. De outro lado, o emendamento formal acarreta sempre o risco de que a Câmara, como casa iniciadora das MPs, possa obstar as alterações promovidas pelo Senado. Por essa razão, os mecanismos alternativos de alteração das MPs apontados nesta pesquisa configuram instrumentos políticos mais vantajosos para os senadores, independentemente do prazo disponível para sua análise.

De todo modo, os mecanismos alternativos de alteração do texto das MPs adicionam ainda maior complexidade ao bicameralismo brasileiro e fazem com que “casa carimbadora” seja muito mais uma expressão de uso retórico que uma realidade efetiva do Senado no jogo bicameral.

Sobre os autores

Rodrigo Ribeiro Bedritchuk é mestre em Ciência Política pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; especialista em Ciência Política pelo Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, Brasil; bacharel em Economia pela UnB e em Direito pelo Uniceub, Brasília, DF, Brasil; analista legislativo do Senado Federal, Brasília, DF, Brasil.
E-mail: bedritic@senado.leg.br

Guilherme Marques Veroneze é mestre em Poder Legislativo pelo Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, Brasil; bacharel em Administração pela Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil; analista legislativo do Senado Federal, Brasília, DF, Brasil.
E-mail: veroneze@senado.leg.br

Como citar este artigo

(ABNT)

BEDRITICHUK, Rodrigo Ribeiro; VERONEZE, Guilherme Marques. Casa carimbadora?: a revisão das medidas provisórias pelo Senado Federal. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 60, n. 239, p. 91-114, jul./set. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/239/ril_v60_n239_p91

(APA)

Bedritichuk, R. R., & Veroneze, G. M. (2023). Casa carimbadora?: a revisão das medidas provisórias pelo Senado Federal. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 60(239), 91-114. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/239/ril_v60_n239_p91

Referências

ALMEIDA, Acir. Informação, delegação e processo legislativo: a política das medidas provisórias. *Texto para Discussão*, Rio de Janeiro, n. 1.933, p. 1-56, fev. 2014. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/2839>. Acesso em: 14 mar. 2023.

AMORIM NETO, Octavio; TAFNER, Paulo. Governos de coalizão e mecanismos de alarme de incêndio no controle legislativo das medidas provisórias. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 1, p. 5-38, 2002. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0011-52582002000100001>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dados/a/N5brw9nQzrR5qx3ZjMbtMBr/?lang=pt>. Acesso em: 14 mar. 2023.

ARAÚJO, Paulo Magalhães. Bicameralismo e Poder Executivo no Brasil: revisão de projetos presidenciais entre 1989-2010. *Opinião Pública*, Campinas, v. 20, n. 1, p. 67-95, abr. 2014. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-62762014000100004>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/op/a/TZSWRTjM6TvT3tZkJKkFwh/?lang=pt>. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. O bicameralismo no Brasil: argumentos sobre a importância do Senado na análise do processo decisório federal. *Política & Sociedade*, Florianópolis, v. 11, n. 21, p. 83-135, jul. 2012. DOI: <https://doi.org/10.5007/2175-7984.2012v11n21p83>. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/2175-7984.2012v11n21p83>. Acesso em: 14 mar. 2023.

BARBOSA, Alaor. Bicameralismo ou unicameralismo? *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 24, n. 93, p. 37-64, jan./mar. 1987. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181724>. Acesso em: 14 mar. 2023.

BEDRITICHUK, Rodrigo Ribeiro. *Da popularidade ao impeachment: medidas provisórias, mudanças institucionais e a crise política no Governo Dilma*. Brasília, DF: Senado Federal, 2017. (Coleção de Teses, Dissertações e Monografias de Servidores do Senado Federal). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/543313>. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. Medidas provisórias e seu papel no presidencialismo de coalizão. *Revista de Estudos Legislativos e Políticas Públicas*, Brasília, DF, n. 1, p. 32-42, 2021. Disponível em: https://www.ielp.org.br/wp-content/uploads/2021/02/BOOK_REVISTA_IELP.pdf. Acesso em: 14 mar. 2023.

BRANCO, Marcello Simão. A atuação do Senado Federal no processo de ajuste fiscal dos anos 90. In: LEMOS, Leany Barreiro (org.). *O Senado Federal brasileiro no pós-constituente*. Brasília, DF: Senado Federal, Unilegis, 2008. p. 273-328. (Edições Unilegis de Ciência Política, v. 4). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/180410>. Acesso em: 14 mar. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. *Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001*. Altera dispositivos dos arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc32.htm. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. *Medida Provisória nº 1.061, de 2021*. Institui o Programa Auxílio Brasil e o Programa Alimenta Brasil, e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2021. Disponível

em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/149322>. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. Senado Federal. *Questão de Ordem nº 6, de 2015*. Apresentação de emendas parlamentares sem relação temática com a Medida Provisória. Jabutis. Brasília, DF: Senado Federal, 2015a. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/questoes-de-ordem/-/q/detalhe/2714>. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. Senado Federal. *Regimento interno*: Resolução nº 93, de 1970. Brasília, DF: Senado Federal, [2023]. v. 1. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISF+2018+Volume+1.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4>. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 3/UF*. Constitucional. Ação declaratória de constitucionalidade do art. 15, Lei 9.424/96. Salário-educação. Contribuições para o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Nelson Jobim, 1ª de dezembro de 1999. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=882>. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.127/DF*. Direito constitucional. Controle de constitucionalidade. Emenda parlamentar em projeto de conversão de medida provisória em lei. Conteúdo temático distinto daquele originário da medida provisória [...]. Requerente: Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relatora: Min. Rosa Weber. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin, 15 de outubro de 2015b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10931367>. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.907/DF*. Direito constitucional. Mandado de segurança. Projeto de lei de conversão de medida provisória emendado pelo Senado Federal. Retorno à Câmara dos Deputados. Devido processo legislativo [...]. Impetrantes: Luiz Lindbergh Farias Filho e outro(a/s). Impetrado: Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Roberto Barroso, 19 de junho de 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312049406&text=.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2023.

BRITO, Luíz Felipe Ferreira Gonçalves. *O Senado Federal e as medidas provisórias*: como o regime de tramitação pode enfraquecer o bicameralismo. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciência Política) – Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://bdm.unb.br/handle/10483/27460>. Acesso em: 14 mar. 2023.

CAREY, John M.; SHUGART, Matthew Soberg. Calling out the tanks or filling out the forms? In: _____ (ed.). *Executive decree authority*. New York: Cambridge University Press, 1998. p. 1-32.

CHACON, Vamireh. *História institucional do Senado do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1997.

COAKLEY, John. The strange revival of bicameralism. *The Journal of Legislative Studies*, [s. l.], v. 20, n. 4, p. 542-572, 2014. DOI: <https://doi.org/10.1080/13572334.2014.926168>.

DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. Brasília, DF: Senado Federal, ano 58, n. 40, 10 abr. 2003. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/796?sequencia=1>. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. Brasília, DF: Senado Federal, ano 68, n. 71, 17 maio 2013. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/18409?sequencia=1>. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. Brasília, DF: Senado Federal, ano 69, n. 175, 30 out. 2014. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/19179?sequencia=1>. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. Brasília, DF: Senado Federal, ano 72, n. 74, 2 jun. 2017a. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/20982?sequencia=1>. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. Brasília, DF: Senado Federal, ano 72, n. 136, 20 set. 2017b. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/21109?sequencia=1>. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. Brasília, DF: Senado Federal, ano 74, n. 194, 13 dez. 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/102762?sequencia=1>. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. Brasília, DF: Senado Federal, ano 75, n. 27, 26 mar. 2020a. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/103344?sequencia=1>. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. Brasília, DF: Senado Federal, ano 75, n. 119, 4 set. 2020b. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/104870?sequencia=1>. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. Brasília, DF: Senado Federal, ano 75, n. 176, 3 dez. 2020c. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/105610?sequencia=1>. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. Brasília, DF: Senado Federal, ano 76, n. 4, 5 fev. 2021a. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/105974?sequencia=1>. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. Brasília, DF: Senado Federal, ano 76, n. 65, 6 maio 2021b. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/106572?sequencia=1>. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. Brasília, DF: Senado Federal, ano 76, n. 142, 3 set. 2021c. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/107790?sequencia=1>. Acesso em: 14 mar. 2023.

FERREIRA JÚNIOR, Nivaldo Adão. *Instituições informais, ambiente institucional e presidencialismo de coalizão: redesenho do processo político decisório no Congresso Nacional a partir de estudo de caso para as medidas provisórias*. 2018. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2018. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/33922?locale=en>. Acesso em: 14 mar. 2023.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. Congresso Nacional: organização, processo legislativo e produção legal. *Cadernos de Pesquisa CEBRAP*, São Paulo, n. 5, p. 5-18, 1996.

_____. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. FGV: Fapesp, 1999.

_____. O Congresso e as medidas provisórias: abdicação ou delegação? *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 47, p. 127-154, mar. 1997. Disponível em: <https://novos estudos.com.br/produto/edicao-47/>. Acesso em: 14 mar. 2023.

FLYVBJERG, Bent. Case study. In: DENZIN, Norman K.; LINCOLN, Yvonna S. (ed.). *The Sage handbook of qualitative research*. 4th ed. Thousand Oaks, CA: Sage, 2011. p. 301-316.

GEORGE, Alexander L.; BENNETT, Andrew. *Case studies and theory development in the social sciences*. Cambridge, MA: MIT Press, 2005. (BCSIA Studies in International Security).

HALL, Peter A. Systematic process analysis: when and how to use it. *European Management Review*, [s. l.], v. 3, n. 1, p. 24-31, 2006. Disponível em: <https://scholar.harvard.edu/hall/publications/systematic-process-analysis-when-and-how-use-it>. Acesso em: 14 mar. 2023.

KING, Gary; KEOHANE, Robert O.; VERBA, Sidney. *Designing social inquiry: scientific inference in qualitative research*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1994.

LIJPHART, Arend. *Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países*. Tradução de Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

MADISON, James. Número LII. In: MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas: 1787-1788: edição integral*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 353-357.

NASCIMENTO, Roberta Simões. A emenda ‘supressiva de jabutis’ e o devido processo legislativo. *Consultor Jurídico*, [São Paulo], 6 jul. 2020. Opinião. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-06/roberta-nascimento-jabutis-processo-legislativo>. Acesso em: 14 mar. 2023.

NEIVA, Pedro Robson Pereira. Disciplina partidária e apoio ao governo no bicameralismo brasileiro. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 19, n. 39, p. 183-196, jun. 2011. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-44782011000200013>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/resp/article/view/31694>. Acesso em: 14 mar. 2023.

_____. Os poderes dos senados de países presidencialistas e o caso do Brasil. In: LEMOS, Leany Barreiro (org.). *O Senado Federal brasileiro no pós-constituente*. Brasília, DF: Senado

Federal, Unilegis, 2008. p. 23-61. (Edições Unilegis de Ciência Política, v. 4). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/180410>. Acesso em: 14 mar. 2023.

NICOLAU, Gustavo Rene. *Medidas provisórias: o Executivo que legisla: evolução histórica no constitucionalismo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009.

OLIVEIRA, Luciano Henrique da Silva. *A atuação da Casa revisora no processo legislativo federal na 54ª Legislatura*. 2018. Dissertação (Mestrado em Poder Legislativo) – Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento, Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 2018. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/35821>. Acesso em: 14 mar. 2023.

REYNOSO, Diego. La diversidad institucional del bicameralismo en América Latina. *Perfiles Latinoamericanos*, México, DF, v. 18, n. 35, p. 105-144, enero/jun. 2010. Disponível em: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0188-76532010000100005&script=sci_abstract&tlng=en. Acesso em: 14 mar. 2023.

RUBIATTI, Bruno de Castro. Sistema de resolução de conflitos e o papel do Senado como Câmara revisora no bicameralismo brasileiro. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, DF, n. 23, p. 35-74, maio/ago. 2017. DOI: <https://doi.org/10.1590/0103-335220172302>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/rXxbnrR48Br68XQ4ZnHHXHw/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 14 mar. 2023.

RUSSELL, Meg. *The contemporary House of Lords: Westminster bicameralism revived*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2013.

SARDINHA, Edson. Maia desiste de ação contra Davi no STF após acordo para votação de MPs. *Congresso em Foco*, Brasília, DF, 30 jun. 2020. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/area/congresso-nacional/maia-desiste-de-acao-contra-davi-no-stf-apos-acordo-para-votacao-de-mps/>. Acesso em: 14 mar. 2023.

SILVA, Rafael Silveira e; ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães de. Ainda vale a pena legislar: a atuação dos *agenda holders* no Congresso brasileiro. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 21, n. 48, p. 19-50, dez. 2013. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-44782013000400002>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/38758>. Acesso em: 14 mar. 2023.

SIMÕES, Leandro Ribeiro; SILVA, Rafael Silveira e. Relação bicameral no processo legislativo brasileiro: um panorama da tramitação das propostas formuladas pelo Congresso na ótica das casas revisoras. *Textos para Discussão*, Brasília, DF, n. 290, p. 1-33, dez. 2020. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/584625>. Acesso em: 14 mar. 2023.

TSEBELIS, George; MONEY, Jeannette. *Bicameralism*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1997. (Political Economy of Institutions and Decisions).

A força democrática das Supremas Cortes

LUCIANO ROSA VICENTE

SANDRO LÚCIO DEZAN

Resumo: Este estudo trata da ascensão das Constituições, do constitucionalismo democrático e das Supremas Cortes, com o objetivo de descobrir o quanto estas ascenderam na escala dos Poderes e em que medida contribuem para o fortalecimento da democracia. A pesquisa é descritiva, explicativa, indutiva e bibliográfica, com técnica de documentação indireta, justificada pela importância de definir a atual posição do Poder Judiciário no cenário democrático e pela necessidade de aperfeiçoamento constante da democracia. Conclui-se que as Cortes Supremas também representam o povo, embora seus membros não se cubram com o manto do sufrágio; e que, frequentemente, contribuem para a evolução democrática da sociedade, para a impulsão da história e para o processo civilizatório.

Palavras-chave: democracia; Constituição; constitucionalismo democrático; Supremas Cortes; representantes do povo.

The democratic force of the Supreme Courts

Abstract: This study aims to discuss the rise of Constitutions, of the democratic constitutionalism and of the Supreme Courts, with the objective of discovering how much they have risen in the scale of powers and what was their extension to contribute to the strengthening of democracy. The research was descriptive, explanatory, inductive and bibliographical, with indirect documentation technique, justified by the importance of defining the current position of the Judiciary in the democratic scenario and by the need for constant improvement of democracy. It concludes that the Supreme Courts also represent the people, although their members do not cover themselves with the mantle of suffrage and, frequently, they contribute to the improvement of democracy, to the impetus of history and to the civilizing process.

Recebido em 30/9/22
Aprovado em 14/11/22

Keywords: democracy; Constitution; democratic constitutionalism; Supreme Courts; representatives of the people.

1 Introdução

Uma cidadã já idosa trabalha num bar e mora de aluguel numa quitinete na periferia de uma capital. Com ela vive uma pessoa com deficiência: seu único filho. Até que chega o dia em que o bar fecha, ela fica desempregada e deixa de pagar o aluguel nos três meses seguintes. Conforme lhe garante o contrato, o locador move ação de despejo, e acata-a de imediato o juiz singular. Contudo, representada pela Defensoria Pública, a mãe recorre da sentença, e o Tribunal de Justiça reforma a decisão: os dois hão de permanecer no imóvel, pois viola o princípio da dignidade da pessoa humana condenar ao desabrigo uma idosa e seu filho PCD¹.

Decisões com esse teor são cada vez mais comuns no Judiciário brasileiro e no de outros países – aplaudidas por uns e criticadas por outros. Os que as apoiam aplaudem a ascensão do Judiciário, a centralidade da Constituição no sistema jurídico e a aplicação direta de princípios, mesmo quando há lei em sentido contrário disciplinando o tema, como a *Lei do inquilinato* naquele caso; os que as criticam consideram-nas uma usurpação da função legislativa pelo Judiciário, visto como sem representatividade democrática.

Esse debate tem como componente elementar a democracia, “a pior forma de governo que existe, à exceção de todas as outras”, como disse Churchill em 1947 na Câmara dos Comuns na Inglaterra (RUNCIMAN, 2018, p. 27). Abstraindo-se o fato de que a democracia se enquadra melhor como *regime* de governo, não como *forma*, aqui interessa que ela prevaleceu sobre os demais regimes no século XX.

Ela superou o comunismo, que mostrou a cara com a Revolução Russa de 1917; o fascismo italiano no início dos anos 1920; o nazismo na Alemanha a partir dos anos 1930; os regimes militares na América Latina, Ásia, África e em alguns países europeus após a Segunda Guerra; e o fundamentalismo religioso vindo da revolução dos aiatolás no Irã, em 1979. Nesse embate de ideologias, venceu a democracia, hoje com a

¹ O exemplo inspira-se tanto no caso citado por Horbach (2007) no artigo “A nova roupa do Direito Constitucional: neoconstitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos” quanto numa notícia publicada pela Defensoria Pública de São Paulo (SÃO PAULO, [2016]).

centralidade e a supremacia da Constituição, não a do partido, das forças armadas ou das escrituras religiosas (BARROSO, 2022, p. 5).

O constitucionalismo democrático chegou tarde ao País, com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB). Desde a Independência foram sete Constituições (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988), o que demonstra a instabilidade, a descontinuidade e a fragilidade das instituições políticas.

Na América Latina, outros países andaram ainda pior, como a República Dominicana e suas 32 Constituições; a Venezuela, com 26; o Haiti, com 24; e o Equador, com 20. Enquanto nos EUA se projetou a Constituição para amparar um governo de leis e não de homens, usaram-se as Cartas latino-americanas para subverter o Estado de Direito (FERGUSON, 2017, p. 160).

A marca do constitucionalismo brasileiro até a CRFB foi a inefetividade, a não aplicação da norma pensada na vida real, como a Carta de 1824, que previa que “a lei será igual para todos”, ao tempo em que vigoravam os privilégios da nobreza, o voto censitário e a escravidão. A Carta de 1969 assegurava liberdades públicas inexistentes e prometia aos trabalhadores direitos sociais fictícios, como colônias de férias e clínicas de repouso (BARROSO, 2018b, p. 19).

Trilhando um novo caminho desde a CRFB, o Direito brasileiro seguiu a tendência mundial e passou por grandes mudanças relacionadas à emergência de um novo modelo na teoria jurídica e na prática dos tribunais, que ficou conhecido como *Neoconstitucionalismo*, cujas características (SARMENTO, 2009, p. 115) são: i) o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos na aplicação do Direito; ii) os métodos mais abertos de raciocínio jurídico, como a ponderação, as teorias da argumentação etc.; iii) a irradiação das normas e valores constitucionais para todos os ramos do ordenamento; iv) a aproximação entre o Direito e a Moral, com maior penetração da Filosofia nos debates jurídicos; e v) a judicialização da política e das relações sociais.

O Neoconstitucionalismo ampliou a influência das Constituições sobre todo o ordenamento e levou o Poder Judiciário a adotar novas técnicas hermenêuticas para complementar a tradicional subsunção, como a ponderação e o uso mais frequente do princípio da proporcionalidade. Nesse contexto, houve significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Judiciário (SARMENTO, 2007, p. 122).

Com frequência cada vez maior, questões polêmicas e relevantes para a sociedade passaram a ser decididas no Judiciário, sobretudo por Cortes constitucionais, muitas vezes em razão de ações propostas pelo grupo político ou social derrotado nas disputas legislativas, nas quais comumente não há consenso (SARMENTO, 2009, p. 118).

De Poder quase sem poderes – que em 1748 Montesquieu (2000, p. 169-175) tratou como invisível e nulo, como mera boca que pronuncia sentenças da lei e cujos membros são seres inanimados que não podem moderar sua força nem seu rigor –, o Judiciário acabou por alçar-se a uma posição mais importante na estrutura institucional do Estado contemporâneo.

Em vista disso, o objetivo deste estudo é descobrir por quê e como as Supremas Cortes ascenderam na escala dos Poderes e em que medida contribuem para o fortalecimento da democracia. Busca-se esse objetivo mediante pesquisa descritiva, explicativa, indutiva e bibliográfica, com técnica de documentação indireta, justificada pela importância de definir a atual posição do Poder Judiciário no cenário democrático e pela necessidade de aperfeiçoamento constante da democracia.

2 A ascensão do constitucionalismo democrático e das Supremas Cortes

Em 1748 Montesquieu escreveu sua principal obra, *O espírito das leis*; e o capítulo VI do Livro XI (“Da Constituição da Inglaterra”) foi um dos que mais influenciaram o constitucionalismo ocidental. Descrevendo o formato institucional inglês moldado na primeira metade do século XVIII, receitou uma estrutura de Poderes que prevenissem o absolutismo (FERREIRA FILHO, 2002, p. 59). Nesse capítulo, Montesquieu (2000, p. 166) defende que “todo homem que possui poder é levado a abusar dele, indo até onde encontra limites”; e em seguida indica o remédio para impedir o abuso: “para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder”.

O filósofo francês defendia que cada Estado tinha três espécies de Poderes: i) o Legislativo, que faz, corrige ou revoga leis; ii) o Poder Executivo das coisas que dependem do Direito das Gentes, que faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança e previne as invasões; e iii) o Poder Executivo das coisas que dependem do Direito Civil, que pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Eis aí o molde dos atuais Legislativo, Executivo e Judiciário (MONTESQUIEU, 2000, p. 167-168). Para Montesquieu (2000), o Judiciário era um Poder invisível, nulo e sem força, mera “boca da lei”.

Foi a partir de 1787-1788 que se iniciou nos EUA o processo de fortalecimento dos juízes, como se observa nos artigos de Madison, Hamilton e Jay (1993) compilados na obra *Os federalistas*. Thomas Jefferson tem sido considerado quem melhor escreveu sobre princípios de governo, traçando as bases teóricas da estrutura política de muitos países ocidentais – o

republicanismo, o presidencialismo, a democracia representativa e o federalismo (LIMA, 2011, p. 125): “a primeira e uma das mais completas formulações da teoria do Estado federal” (LEVI, 1998, p. 480). A obra contém 85 artigos, e o 78º, escrito por Hamilton (1993), trata da organização do Poder Judiciário, visando ao seu fortalecimento: se o Poder Executivo tinha a “espada” para agir e o Legislativo a “bolsa” que controlava as riquezas do país, o Judiciário nada tinha. Por isso, as propostas miravam em três alvos para fortalecê-lo: a forma de designação dos juízes, as condições de permanência nos cargos e a partilha do poder entre os tribunais.

Alguns anos depois, essas teorias sobre o fortalecimento do Judiciário foram praticadas no caso *Marbury vs. Madison*, julgado em 1803 na Suprema Corte dos EUA. Essa decisão foi o marco inaugural do sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade, contendo os fundamentos para a atuação judicial voltada a assegurar a integridade do texto constitucional, preservando-o contra interferências indevidas dos demais Poderes estatais (SANTIAGO, 2015, p. 278).

A partir de então, o Judiciário e a Suprema Corte dos EUA começaram a consolidar-se, ao passo que na maior parte da Europa ainda vigoraria até 1945 um modelo de supremacia do Legislativo, na linha da concepção francesa de lei como expressão da vontade geral. Apenas no final daquela década chegou a onda constitucional, com novas Constituições e um novo modelo inspirado na experiência norte-americana de supremacia da Constituição (BARROSO, 2013, p. 193-195).

Até aquele momento, entendiam-se as Constituições como documento político, um convite à atuação dos poderes públicos, e deixava-se a concretização de suas propostas condicionada à atuação do legislador ou do administrador, negando ao Judiciário qualquer

papel relevante na realização do conteúdo da Constituição. A propósito, Hesse (1991) defendeu a valorização da Constituição no seu clássico *A força normativa da Constituição*, publicado originalmente em 1959.

Essa guinada para o constitucionalismo e o fortalecimento das Cortes Supremas tiveram três marcos: o histórico, o filosófico e o teórico. Neste, o impulso veio do reconhecimento da força normativa da Constituição, da expansão da jurisdição constitucional e do desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional. O marco filosófico foi o fracasso político do positivismo após a Segunda Guerra Mundial, durante a qual se promoveu a barbárie sob a proteção da legalidade. O marco histórico foi o constitucionalismo do pós-guerra (especialmente na Alemanha e na Itália), que ao longo da segunda metade do século XX redefiniu o lugar da Constituição e a influência do Direito Constitucional sobre as instituições contemporâneas, no que foram seguidas por Espanha e Portugal com a queda de ditaduras de direita (BARROSO, 2013, p. 190-192).

A percepção de que as maiorias políticas podem promover a barbárie, como o fez o nazismo, levou lideranças políticas a promulgarem novas Constituições e fortalecerem a jurisdição constitucional, fixando mecanismos de proteção dos direitos fundamentais, inclusive em face do legislador. Sob essa perspectiva, “a concepção de Constituição na Europa aproximou-se daquela existente nos Estados Unidos, onde, desde os primórdios do constitucionalismo, entende-se que a Constituição é autêntica norma jurídica, que limita o exercício do Poder Legislativo e pode justificar a invalidação de leis” (SARMENTO, 2009, p. 113), como ocorreu no caso *Marbury vs. Madison* em 1803.

Depois de Alemanha, Itália, Espanha e Portugal, a constitucionalização do Direito expandiu-se para países do Terceiro Mundo,

como Colômbia, Argentina, México, África do Sul, Índia e Brasil – neste já tardiamente, com a CRFB (BARROSO, 2013, p. 187). A nova matriz é a centralidade da Constituição no ordenamento, a ubiquidade da sua influência na ordem jurídica e o papel criativo da jurisprudência em detrimento do Direito esteado em código e em lei formal (SARMENTO, 2009, p. 114).

Vive-se numa época de expansão global do Judiciário: se durante o século XIX a revisão judicial da legislação era peculiaridade norte-americana, atualmente 158 países têm algum instrumento de jurisdição constitucional e proliferam mecanismos de controle de constitucionalidade, além do avanço na tutela internacional dos direitos humanos por meio de tratados internacionais e Cortes internacionais (BRANDÃO, 2013, p. 176). Portanto, a constatação de Tocqueville (1977, p. 32) em relação aos EUA de 1820-1830 – a de que dificilmente havia controvérsia moral e política que não se convertesse em controvérsia judicial – hoje tem lugar numa grande quantidade de países, entre os quais o Brasil.

Assim se chegou ao atual cenário jurídico de constitucionalismo democrático, que tem na centralidade da Constituição sua principal característica, com a conseqüente valorização das Cortes constitucionais e do Judiciário, que de Poder “nulo” nos tempos de Montesquieu passou a protagonista no atual palco dos Poderes.

3 Defesa da atuação criativa do Judiciário

Esse fortalecimento do Judiciário e, notadamente, das Supremas Cortes movimentou o debate sobre a judicialização da política, processo em que elas e os juízes dominam progressivamente a produção de políticas públicas e de normas antes decididas nos Poderes Legislativo e Executivo

(BRANDÃO, 2013, p. 177). Não se trata do “ativismo judicial”, caracterizado por decisões expansivas que cruzam as fronteiras anteriormente traçadas para a atuação do Judiciário (LORENZETTO; CLÈVE, 2017, p. 147).

A expansão da autoridade do Supremo Tribunal Federal (STF) também decorre da sua arquitetura institucional, pois a CRFB conferiu-lhe amplos poderes, com funções que na maioria das democracias atuais se distribuem em três tipos de instituições: tribunais constitucionais, foros judiciais especializados e tribunais de recursos de última instância (VIEIRA, 2008, p. 55).

Esta seção apresentará o ponto de vista dos que defendem o alargamento dos poderes do Judiciário, notadamente das Cortes Supremas, como medida inevitável para a proteção dos direitos fundamentais e das regras do jogo democrático. A esse respeito, são emblemáticas algumas questões (BARROSO, 2012, p. 128-129):

- I. O Estado pode impedir um anão de participar, espontaneamente, de competição pública na qual vence aquele que o arremessar mais longe?
- II. O Estado pode impedir a suspensão de procedimentos médicos em pessoa que há vários anos vive em estado vegetativo?
- III. Uma pessoa pode publicar textos negando o Holocausto durante a Segunda Guerra Mundial?
- IV. Uma pessoa pode manter relações sexuais que incluam agressões e lesões corporais no(a) parceiro(a) com o consentimento deste(a)?
- V. A prostituição deve ser reconhecida legalmente como profissão, para que seus praticantes tenham direitos trabalhistas e previdenciários?
- VI. Alguém pode impedir a publicação de biografia que considere ofensiva a sua honra?
- VII. Uma pessoa totalmente incapaz, representada pelos pais, pode pleitear indenização

por ter nascido em vez de ter sido abortada, em razão de erro no diagnóstico médico que não identificou graves lesões físicas e mentais que autorizariam o aborto?

VIII. Um casal surdo-mudo pode utilizar a engenharia genética para gerar um filho com a mesma deficiência, para assim habitar o mesmo universo existencial dos pais?

IX. Um adepto da religião Testemunha de Jeová pode negar-se a receber o sangue indispensável para lhe salvar a vida?

X. Uma pessoa nascida fisiologicamente homem, mas considerando-se transexual feminina, pode celebrar com uma mulher um casamento entre pessoas do mesmo sexo?

Entre vários outros, esses casos complexos ocorreram no Brasil e no exterior e desaguaram em Cortes constitucionais. Nenhum deles tinha uma resposta pronta e segura na normatização, pois o constituinte e o legislador não são capazes de prever todas as situações passíveis de ocorrer na vida real. Daí a crescente publicação de Constituições compromissórias, com princípios que tutelam interesses antagônicos, bem como o recurso a normas de textura aberta, cujo sentido completo só pode ser fixado em interação com os fatos subjacentes. Assim, por opção do constituinte ou do legislador, muitas questões passam a ser decididas no Judiciário (BARROSO, 2018a, p. 99).

Além disso, nem sempre se chega ao consenso nos debates legislativos, os quais envolvem muitos interesses, alguns inconciliáveis, o que leva as partes derrotadas a recorrerem ao Judiciário para fazer prevalecer seu ponto de vista. Também há temas que dividem a sociedade, e os agentes políticos preferem não enfrentá-los para não desagradar a uma parcela do seu eleitorado. Nesses casos, é inevitável que as demandas cheguem ao Judiciário, e ele não pode deixar de examiná-las. Assim, aos cidadãos a jurisdição permite discutir

os atos estatais com base em como veem os seus próprios direitos, a fim de exigir que o Judiciário os avalie mediante argumentos jurídicos, ainda que para apenas confirmar a escolha política (MENDONÇA, 2017, p. 520).

Há significativo consenso doutrinário a respeito da principal causa da expansão do Judiciário: a afirmação da democracia. Embora criticado como antidemocrático, o controle de constitucionalidade é produto da democracia e tende a expandir-se em compasso com sua ampliação. Dessa forma, a relação entre democracia e controle de constitucionalidade é sinérgica, e as democracias bem ordenadas fomentam a expansão do Judiciário (BRANDÃO, 2013, p. 187-188). Na medida em que julgam de acordo com “as regras do jogo”, são os participantes do debate judicial que viabilizam esse “jogo” e concorrem para o seu desfecho jurídico – o ato decisório com o qual, em nome de toda a sociedade, o juiz soluciona e encerra conflitos, impedindo que prossigam ou se renovem (FERRAZ JÚNIOR, 1998, p. 163).

Por isso, as decisões judiciais não traduzem a vontade dos que as proferem; são antes expressão do poder social, conforme as regras e princípios do ordenamento jurídico. Não por acaso a CRFB dispõe que todo o poder emana do povo, não dos seus representantes ou do texto constitucional – ou seja, tem importância secundária o modo como o povo o exercerá, se diretamente, se por meio dos delegados que eleger (COELHO, 2015, p. 21).

A ideia de uma nova interpretação constitucional liga-se ao desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização de vontade da Constituição. Não se trata de menosprezar o método clássico da subsunção, fundado na aplicação das regras, que continua relevante na busca do sentido da norma e na solução dos casos concretos, mas nem sempre suficiente (BARROSO, 2020a, p. 294). O papel do intérprete já não se

reduz a uma função de conhecimento técnico que soluciona o enunciado normativo. Em muitas situações, o intérprete participa do processo de criação do Direito, completa o trabalho do constituinte ou do legislador, avalia o sentido das cláusulas abertas e escolhe a melhor dentre as soluções possíveis (BARROSO, 2020a, p. 296).

Essa atuação do intérprete é inevitável no caso das atuais Constituições, que são dialéticas e protegem bens jurídicos antagônicos, como a promoção do desenvolvimento e a proteção ambiental, a livre iniciativa e a proteção do consumidor, o direito de privacidade e a liberdade de expressão, a liberdade de reunião e o direito de ir e vir. Ademais, a técnica de legislar usando cláusulas gerais – conceitos jurídicos com linguagem aberta e vaga – transfere ao intérprete a função de complementar o sentido da norma no caso concreto, ao atribuir-lhe um mandato para desenvolver normas jurídicas, o que remete a elementos cuja concretização pode estar fora do sistema (MARTINS-COSTA, 1998, p. 8).

Tais argumentos demonstram que, apesar de não emanadas do mandato eletivo, as decisões judiciais têm legitimidade democrática, porque os juízes integram a engrenagem estatal que conduz o Estado; são investidos no cargo mediante critérios muito bem delineados; têm responsabilidades legalmente previstas; decidem e votam publicamente; e exercem seu poder sem dispor de armas e de controle sobre o dinheiro público. Por isso, são representantes do povo também.

Reforça esse argumento o fato de que numa democracia ninguém pode impedir a imprensa de falar primeiro e o Judiciário por último, pois em todos os países democráticos a democracia é o princípio dos princípios, aquele que ocupa substantivamente o mais alto posto nas Constituições, ainda que se critique a atuação judiciária criativa.

4 Críticas à atuação criativa do Judiciário

Demonstrou-se anteriormente que as normas constitucionais conquistaram a condição de normas jurídicas imperativas e aptas a tutelar diretamente as situações que contemplam. Assim, a Constituição passou a ser a lente com a qual se leem as normas infraconstitucionais, conferindo novo sentido aos demais ramos jurídicos. Guardiãs da Constituição, as Cortes constitucionais ganharam espaço no palco do poder.

As normas constitucionais, por seu conteúdo aberto e principiológico, muitas vezes demarcam apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas: “À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o [caso]” (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 28).

A essa interpretação mais aberta das normas constitucionais atribuem-se alcunhas como *juristocracia* e *ministrocracia*. O primeiro termo aparece da obra de Ran Hirschl e já foi assimilado no Brasil na crítica que se faz ao Judiciário em virtude da forma crescente com que ocupa espaços políticos e transforma a supremacia da Constituição em supremacia das Cortes constitucionais (BELLO; BERCOVICI; LIMA, 2019, p. 1.780).

Haveria uma “cobra no jardim”, um “problema desagradável” no centro do Direito Constitucional representado por um controle de constitucionalidade antidemocrático? O questionamento ocorre porque “em graus crescentes no mundo democrático, juízes declaram inconstitucionais leis aprovadas por legisladores eleitos por uma maioria ou pluralidade de eleitores” (DWORKIN, 1990, p. 325, tradução nossa).

Há uma declaração do então *chief justice* da Suprema Corte dos EUA, Charles Evans Hughes a respeito do problema: “A Constituição significa o que a Suprema Corte diz que ela significa”. Numa democracia – em que todo o poder emana do povo – a frase não faz sentido, dado que a Constituição é obra do povo ou de seus representantes eleitos, instituindo o exercício do poder pelo povo, inclusive no que se refere ao seu significado (AMARAL JÚNIOR, 2013).

Opondo-se à assertiva de Hughes, afirma Kramer (2011, p. 302, tradução nossa) que, “para controlar a Suprema Corte, necessitamos primeiro reclamar a Constituição para nós mesmos”, o que significa “repudiar publicamente os juízes da Corte que dizem que eles, e não nós, detêm a máxima autoridade para dizer o que significa a Constituição”.

Estudando a nova hermenêutica constitucional, Horbach (2007, p. 81) afirma que, apesar da separação dos Poderes e da definição das atribuições legislativas e judiciais, vive-se uma confusão entre esses níveis de produção jurídica, sem uma fronteira nítida entre jurisdição e legislação. Essa situação decorre de vários fatores, mas sobretudo de uma crise institucional, uma desestruturação dos Poderes. A concentração das funções jurisdicional e de guarda da Constituição no Poder Judiciário contribui para isso, e esse problema já é notado há muito por juristas e políticos. Horbach (2007) assinala que no Brasil, em especial no que toca aos responsáveis pela interpretação das leis e da Constituição, existe uma crise de mentalidade cristalizada na chamada *nova hermenêutica constitucional*, com vieses pós-positivistas, o que caracterizaria o advento do Neoconstitucionalismo. Esses termos escondem uma atitude ideológica e militante do intérprete para substituir os demais níveis de produção jurídica.

Ferreira Filho (2009, p. 158-159), similarmente, defende que a expressão *pós-positivismo* é inadequada, pois induz à ideia de que antes da pós-modernidade a prevalência do positivismo era absoluta – o que não é verdade: muitas correntes com ele competiam e grandes filósofos do Direito a ele não aderiram, como Gustav Radbruch, John Rawls, Giorgio del Vecchio, Miguel Reale etc. Tal expressão, continua o professor, é caricatura simplória da realidade jurídica, servindo de expediente para o combate contra o Direito moderno. Além disso, “é distorcido esse direito moderno como um direito formalista, cego para os princípios, maquinal na interpretação e sem dar força jurídica às normas constitucionais. Tudo isso é inexato” (FERREIRA FILHO, 2009, p. 159). Com base nisso, Ferreira Filho (2009, p. 159) conclui que o Direito moderno não era cego aos valores e à Ética.

Influente escola alemã da primeira metade do século XX, a Filosofia dos Valores, prevalente na escola de Baden, era liderada por Gustav

Radbruch, defensor de que “o direito é um fato ou fenômeno cultural, isto é, um fato referido a valores”, e “a moral é o fundamento da obrigatoriedade do direito”. Ávila (2009, p. 18) tem a mesma compreensão sobre a nova hermenêutica constitucional: o intérprete não pode desconsiderar as soluções legislativas, quando encontradas no exercício legítimo da democracia, mesmo com base em princípios que pretende aperfeiçoar; daí ser incorreto afirmar que se passou da subsunção à ponderação ou que se deva passar de uma para outra. Em matérias para as quais não há uma solução justa para os conflitos de interesses, mas várias, é por meio do Legislativo que se pode melhor obter a opinião de todos. Por isso, devem-se rever as ideias do Neoconstitucionalismo no Brasil, pois defendê-lo é cair numa invencível contradição, a de defender a primazia da Constituição violando-a, conclui Ávila (2009, p. 19).

Desse modo, o Judiciário tornou-se o controlador das políticas públicas sociais no Brasil, embora não o devesse ser, pois não foi eleito para isso. Excessivamente politizado, o Judiciário colocou-se no lugar do administrador e do legislador. Ele não é o responsável por resolver os problemas da saúde, ou da habitação, tarefas do legislador e do administrador, devendo o julgador apenas controlar para que isso seja feito com isonomia e segurança jurídica (RAMOS, 2018).

O argumento apresentado na seção anterior – sobre a inércia parlamentar em alguns temas obrigar o Judiciário a manifestar-se e decidir – gera desconfiança no Legislativo e no Estado de Direito, a qual pode incentivar que juízes individuais aproveitem a oportunidade de falar *para o povo* como se falassem *pelo povo* (ARGUELHES, 2019, p. 361).

Sobre o individualismo de juízes decidindo temas sensíveis para a nação, Arguelhes e Ribeiro (2018, p. 13) estudaram como a ação de um ministro do STF pode influenciar o processo político decisório e defendem que no STF a alocação dos poderes é descentralizada e individualizada, num cenário que chamaram de *ministrocracia*, tornando errática a política constitucional e dificultando a justificação do poder da Corte num regime democrático.

Citam como exemplos os casos em que, por liminar individual, o ministro Gilmar Mendes suspendeu a nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva como ministro da Casa Civil de Dilma Rousseff; Luiz Fux suspendeu e mandou reiniciar, na Câmara, a tramitação do pacote das “10 medidas contra a corrupção”; e Marco Aurélio Mello determinou que a Presidência da Câmara desse prosseguimento a um pedido de *impeachment* contra o presidente interino Michel Temer (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 14). Tecnicamente, como liminares monocráticas, essas e outras decisões individuais seriam provisórias e dependentes de confirmação do Plenário num futuro próximo. Na prática, o Colegiado nem se manifestou sobre

esses julgamentos solitários de grande repercussão política ou, quando o fez, a decisão individual já havia alterado decisivamente o estado das coisas (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 14).

Esse poder individual, concluem os professores, amplifica alguns perigos para as instituições independentes e aumenta o risco de captura da ação de ministros por grupos de interesse ao redor da Corte. A alocação individual e descentralizada de poderes torna os ministros alvos mais fáceis e mais vantajosos, pois qualquer deles sozinho tem em suas mãos o poder de veto, e o relator é suficiente tanto para o veto quanto para o próprio exercício do controle de constitucionalidade (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 30).

A compreensão exposta nesta seção critica a nova hermenêutica constitucional, que flui do maior espaço que o Judiciário passou a ocupar na Europa após a Segunda Guerra a partir da Alemanha e da Itália, seguidas por Espanha, Portugal e depois pelos países do Terceiro Mundo, como o Brasil após a CRFB. Esse entendimento defende que “a liberdade excessiva do julgador devora a liberdade mínima do indivíduo” (ÁVILA, 2019, p. 50). Reputa-se antidemocrática a nova forma de interpretação constitucional mais à larga, escorada em princípios e valores, despreendida do texto normativo elaborado pelos representantes do povo no Legislativo, fazendo prevalecer a vontade das Cortes constitucionais – algumas vezes a vontade de apenas um de seus membros em decisão individual.

5 Decisões de Supremas Cortes que fortaleceram a democracia

Nas duas seções anteriores estudaram-se os argumentos favoráveis e contrários à atuação criativa do Judiciário, e nesta se examinarão alguns julgamentos relevantes de Supremas Cortes a fim de que se avalie em que medida o mais alto escalão do Judiciário pode colaborar para o fortalecimento da democracia, a impulsão da história e o processo civilizatório.

Uma prova da relevância que as Supremas Cortes adquiriram no desenho institucional estatal são as manobras que governos autoritários fazem para lhes dar feição que os beneficie, porque capturar os árbitros dá ao governo um escudo e uma arma poderosa, permitindo que ele imponha a lei seletivamente, punindo oponentes e favorecendo aliados (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 82).

Na Hungria, quando Viktor Orban voltou ao poder em 2010, substituiu membros da Corte Constitucional por aliados partidários, seguindo o exemplo de Perón quando assumiu a presidência da Argentina em 1946. Fujimori fez o mesmo em 1997 no Peru, e Hugo Chávez expandiu a Corte

venezuelana para 22 membros em 2004, preencheu as novas cadeiras com correligionários e nos nove anos seguintes nenhuma decisão da Corte o contrariou. Por sua vez, o governo polonês nomeou novos juízes em 2015 e aprovou uma lei prevendo que todas as decisões obrigatórias da Corte necessitavam de uma maioria de dois terços, o que na prática deu ao governo um poder de veto dentro do Tribunal, ceifando sua independência. Em todos esses casos, os governos dominaram os árbitros do jogo democrático, proporcionando aos governantes uma blindagem contra questionamentos constitucionais e uma arma poderosa e legal para atacar seus oponentes com o respaldo institucional de uma Suprema Corte dominada (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 83-84).

Disso se depreende a relevância de proteger constitucionalmente as Supremas Cortes, para que fiquem o mais blindadas possível de governantes maliciosos que queiram perpetuar-se no poder ou governar apenas para os seus grupos de interesse, oferecendo facilidades aos apoiadores e impondo dificuldades aos opositores. Para o bom funcionamento da democracia, é essencial que as Supremas Cortes tenham autonomia e julguem com independência e respeito ao Direito, pois frequentemente são chamadas a decidir sobre temas relevantes para a sociedade, que se bem conduzidos melhorarão o país e a vida dos seus cidadãos – como o fez o STF em casos emblemáticos nos últimos anos.

Em 2008, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 12/DF (BRASIL, 2008a), o STF declarou constitucional a Resolução do CNJ nº 7/2005, que vedava o nepotismo no Judiciário. Embora não houvesse lei nesse sentido, entendeu-se que a vedação decorria diretamente dos princípios constitucionais da igualdade, eficiência, moralidade e impessoalidade. Em seguida, o STF publicou a Súmula Vinculante nº 13, que estendeu a proibição aos três Poderes (BRASIL, 2008c).

A vedação ao nepotismo sobressaiu-se como mandamento constitucional, como expressão do princípio republicano que não tolera nenhum tipo de apropriação patrimonial do Estado. Foi um passo importante no combate ao secular patrimonialismo brasileiro, contra todas as manifestações de ação patrimonial e de nepotismo que afloraram em algumas das mais importantes instituições públicas (ARAÚJO, 2013, p. 103).

Também em 2008, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.510/DF (BRASIL, 2008b), o STF considerou constitucional e autorizou o uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos. Ao permitir essa utilização nos estudos para curar doenças, venceu o direito à vida, à saúde, ao planejamento familiar e à pesquisa científica, além do espírito de sociedade fraterna previsto na CRFB. Para esse julgamento, o relator Carlos Ayres Britto convocou a primeira audiência pública da história do STF. A participação de cientistas como peritos

nas audiências revelou a importância das falas autorizadas pela ciência para construir verdades sobre o estatuto de entes distintos, definindo-os ou não como humanos (LUNA, 2013, p. 91).

Em 2009, na Petição nº 3.388/RR (BRASIL, 2009), o STF confirmou a demarcação contínua da terra indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, cujo território era disputado desde os anos 1970 por índios e arroteiros. Em 1998, o governo de Fernando Henrique Cardoso demarcou as terras e assegurou a posse permanente aos indígenas, e a homologação definitiva ocorreu em 2005, com um decreto do presidente Luiz Inácio Lula da Silva, significando que se tratava de uma política de Estado, não apenas de governo, com relação aos povos originários.

A posição dos dois governos demonstrou respeito aos indígenas e à CRFB, que os protege no Capítulo VIII, arts. 231 e 232 (BRASIL, [2022]). Foi uma vitória da democracia e da pluralidade, vencida a colonialidade que excluiu e tornou invisíveis esses povos e suas ricas culturas, que muito teriam agregado ao processo colonizatório, como demonstram os estudos de Casas (2010), Ávila Santamaría (2017), Mignolo (2007), Quijano (2000), Leuzinger e Lyngard (2016).

É frágil o argumento de que muitos indígenas estão aculturados e usufruem dos benefícios da sociedade, pois isso não exclui a sua *indigeneidade* nem os direitos que a CRFB lhes outorgou, devendo a cultura indígena somar-se à cultura “branca”. O mesmo raciocínio funciona para os que recebem terra oriunda de reforma agrária: o fato de terem acesso a tecnologias e outros confortos não lhes retira a condição de agricultor.

Em 2011, na ADI nº 4.277/DF (BRASIL, 2011), o STF decidiu por unanimidade que as uniões homoafetivas devem ser reconhecidas como entidade familiar, equiparadas às uniões heteroafetivas. O julgamento sepultou a aflição de milhares de casais que viviam juntos, com

projetos de vida em comum, mas abandonados juridicamente, sem definição para o exercício dos direitos civis resultantes da união. A Unesco reconheceu a decisão como patrimônio documental da humanidade em 2018, e o STF ganhou o certificado MoWBrasil, oferecido pela mesma entidade (STF..., 2018). A decisão marcou um avanço na superação de preconceitos e discriminação, para que todas as pessoas, independentemente da sua orientação sexual, tenham o direito de buscar a própria felicidade e viver o seu ideal de vida boa (BARROSO, 2020b, p. 174).

Também em votação unânime em 2012, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186/DF (BRASIL, 2012b), o STF reconheceu a constitucionalidade das cotas raciais para o ingresso nas universidades públicas e contribuiu para diminuir o fosso cavado pelo racismo estrutural no Brasil. Há pelo menos três razões que justificam ações afirmativas como as cotas raciais em universidades públicas (BARROSO, 2020b, p. 180): i) a reparação histórica pelo estigma moral, social e econômico que foi a escravidão no Brasil, seguido pelo completo abandono dos ex-escravizados após a abolição; ii) a necessidade de reconhecer que somos uma sociedade racista, que discriminou e negou oportunidades iguais às populações negras; e iii) a importância do acesso de pessoas negras a posições de liderança e destaque, aumentando a autoestima do grupo e a força para resistir ao preconceito. Nessa mesma linha de raciocínio leciona Moreira (2017, p. 393), com desenvoltura e conhecimento pessoal de causa: trata-se de um jurista negro que aborda os obstáculos levantados pelo racismo e as desigualdades de oportunidades para o negro que tenta “virar o jogo”.

Também em 2012, na ADPF nº 54/DF, o STF julgou inconstitucional a criminalização do aborto de feto anencefálico, acabando com a angústia dos pais que viviam uma dramática

situação. Sobre o início da vida, a CRFB é de um “silêncio de morte”, sentenciou Carlos Ayres Britto, para quem o feto anencefálico é uma crisálida que jamais chegará ao estágio de borboleta e nunca alçará voo; por isso não se pode criminalizar a interrupção de gestação com esse destino (BRASIL, 2012a, p. 259). Pesquisa de 2009, com 1.814 ginecologistas e obstetras, concluiu que, entre as 9.730 mulheres atendidas pelos médicos, 85% preferiram interromper a gestação de seus fetos anencefálicos. Isso demonstra o quanto a assistência médica nesses casos é cotidiana nos serviços de saúde e o desafio ético imposto pela ilegalidade do aborto nesses casos (DINIZ; PENALVA; FAÚNDES; ROSAS, 2009, p. 1.619). Três anos depois o STF ajudou a corrigir essa distorção.

Em 2015, no julgamento da ADI nº 4.650/DF (BRASIL, 2015), o STF proibiu as doações de pessoas jurídicas a campanhas eleitorais, argumentando que, antes de refletir eventuais preferências políticas, denota um agir estratégico dos grandes doadores no afã de estreitar suas relações com o Poder Público em pactos muitas vezes sem espírito republicano.

As Supremas Cortes estrangeiras guiam-se por essa mesma bússola de abertura interpretativa (BRANDÃO, 2013, p. 178-179): i) em 1993, o Tribunal Constitucional Federal alemão definiu o *status* da Alemanha unificada em face da ordem supraconstitucional europeia; ii) em 1995, a Suprema Corte húngara invalidou parte significativa de pacote econômico que promovia sensíveis cortes em benefícios assistenciais e previdenciários, com base nos princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica; iii) em 1996, a Suprema Corte da África do Sul julgou constitucional a anistia para os que confessassem crimes cometidos durante o *apartheid*; iv) em 2004, a Suprema Corte argentina considerou-se competente para apreciar o chamado *corralito* (que foi julgado constitucional), por via do qual se promoveu a total convergência da economia argentina em pesos; v) as Supremas Cortes norte-americana, mexicana e italiana definiram o resultado das eleições presidenciais de George W. Bush, nos EUA em 2004, de Felipe Calderón, no México em 2006, e de Romano Prodi, na Itália em 2006; vi) a Suprema Corte da Coreia do Sul reinstituíu, pela primeira vez na história, um presidente que havia sofrido *impeachment* pelo Parlamento (e a Corte de Apelação de Fiji restabeleceu a Constituição derrubada por um golpe de Estado); e vii) em 2010, a Corte constitucional colombiana decidiu que a prostituição voluntária é uma profissão legítima (COLOMBIA, 2010).

Essas decisões, que se somam a tantas outras não citadas, demonstram a relevância das Supremas Cortes para o fortalecimento da democracia. Do contrário, até hoje no Brasil uma multidão de pessoas homoafetivas viveria suas uniões na clandestinidade jurídica, pois sofreriam com a

gestação de fetos anencefálicos e pessoas com deficiências severas não teriam esperança de reabilitação por terapias com uso de células-tronco.

A CRFB cita dezessete vezes *democracia*, desde o Preâmbulo e a cabeça do art. 1º, o qual trata dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil. Por essas e outras razões, a democracia é o princípio dos princípios (BRITTO, 2008, p. 158), e em muitos casos o STF tem desempenhado o papel de consolidá-la, apesar de alguns deslizamentos naturais do processo democrático.

6 Conclusões

O objetivo deste estudo foi descobrir por quê e como as Supremas Cortes ascenderam na escala dos Poderes e em que medida elas têm contribuído para o fortalecimento da democracia.

Para alcançar o intento, pesquisou-se a ascensão do constitucionalismo democrático e das Supremas Cortes, para em seguida investigar a atuação criativa do Judiciário. Apresentaram-se as críticas à atuação criativa do Judiciário e decisões de Supremas Cortes que fortaleceram a democracia. Constatou-se que originalmente o Judiciário era um Poder sem força, mera boca da lei, nas palavras de Montesquieu. Posteriormente, em 1787-1788, os federalistas defenderam o fortalecimento do Judiciário; e em 1803 ele mostrou sua força no caso *Marbury vs. Madison*, robustecendo-se desde então nos EUA.

Na Europa, a onda constitucional chegou somente em 1945; ela propiciou novas Constituições e um novo modelo inspirado na experiência americana, de supremacia da Constituição. Foi o fracasso político do positivismo após a Segunda Guerra que fez com que a Ética e os valores retornassem ao Direito, desenvolvendo-se uma teoria dos direitos fundamentais fundada na dignidade humana.

A percepção de que as maiorias políticas podem promover a barbárie, como ocorreu no nazismo, levou as lideranças políticas a promulgarem outras Constituições e fortalecerem a jurisdição constitucional, fixando mecanismos de proteção dos direitos fundamentais, inclusive em face do legislador. Esse movimento expandiu-se pela Europa e depois pela América Latina e alguns países africanos, colocando a Constituição no centro dos sistemas jurídicos e fortalecendo o Judiciário que a protege.

Essa ascensão, todavia, recebe as críticas de que as Supremas Cortes ultrapassam suas competências e ingressam em terreno reservado ao legislador ou ao administrador, mas sem o manto da representatividade popular, o que tornaria antidemocrática essa atuação. Por isso, investigou-se, se mesmo sem representatividade eleitoral, as Supremas

Cortes podem fortalecer a democracia. Concluiu-se que sim: embora não eleitos, seus juízes também representam o povo, já que são indicados pelo presidente da República e aprovados pelos representantes dos estados no Senado Federal.

Além disso, suas decisões são públicas, fundamentadas e submetidas ao escrutínio de toda a sociedade; portanto, seus julgamentos não podem ser considerados antidemocráticos apenas pelo fato de não partirem de atores estatais eleitos. Ademais, o Judiciário é o único Poder que exige dos seus membros a formação jurídica e, para integrar as Supremas Cortes, notório saber jurídico.

Os Poderes Legislativo e Executivo não exigem essa qualificação dos seus membros e permitem que quem faz e quem executa as leis não seja versado nelas, diferentemente do Judiciário. Demonstrou-se, por fim, com um inventário de decisões judiciais o quanto as Supremas Cortes contribuem para o fortalecimento da democracia, a impulsão da história e do processo civilizatório.

As Supremas Cortes e seus membros têm representatividade democrática e frequentemente prestam valoroso serviço à democracia. É certo que às vezes deslizam, como quando no Brasil se libertou em 2020 um narcotraficante de alta periculosidade por descumprimento de formalidade. Entretanto, derrapagens como essa fazem parte do processo democrático e não apagam tantas outras decisões que melhoraram a vida do povo e qualificaram a nação. Certo é que a democracia é o melhor regime para harmonizar o consenso e civilizar o dissenso. A alternativa é a força e a imposição de vontades unilaterais do poder de momento.

No processo democrático ninguém pode impedir o Judiciário de falar por último, o único sem armas e sem cofre, mas com força e legitimidade para proteger as regras do jogo democrático e os direitos fundamentais do povo que ele também representa.

Sobre os autores

Luciano Rosa Vicente é mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (Uniceub), Brasília, DF, Brasil; doutorando em Direito no Uniceub, Brasília, DF, Brasil; especialista em Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Penal, Direito Administrativo Disciplinar e Direito Público.
E-mail: luciano.rosa@rfb.gov.br

Sandro Lúcio Dezan é doutor em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (Uniceub), Brasília, DF, Brasil; doutor em Ciências Jurídicas Públicas pela Escola de Direito da Universidade do Minho (UMinho), Braga, Portugal; doutor e mestre

em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, ES, Brasil; professor titular de Direito Administrativo dos programas de mestrado e doutorado em Direito do Uniceub, Brasília, DF, Brasil; investigador integrado do Centro de Investigação da Escola de Direito da UMinho, Braga, Portugal.
E-mail: sandro.dezan@ceub.edu.br

Como citar este artigo

(ABNT)

VICENTE, Luciano Rosa; DEZAN, Sandro Lúcio. A força democrática das Supremas Cortes. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 60, n. 239, p. 115-136, jul./set. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/239/ril_v60_n239_p115

(APA)

Vicente, L. R., & Dezan, S. L. (2023). A força democrática das Supremas Cortes. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 60(239), 115-136. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/239/ril_v60_n239_p115

Referências

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. A Constituição do povo e sua afirmação popular. *Consultor Jurídico*, [s. l.], 6 out. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-06/analise-constitucional-constituicao-moldar-vontade-povo>. Acesso em: 30 nov. 2022.

ARAÚJO, José Carlos Evangelista de. Jurisdição constitucional e vedação ao nepotismo no âmbito da Constituição Federal de 1988. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 50, n. 200, p. 103-136, out./dez. 2013. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/200/ril_v50_n200_p103. Acesso em: 30 nov. 2022.

ARGUELHES, Diego Werneck. Juízes falando pelo povo: populismo judicial para além das decisões judiciais. In: BOLONHA, Carlos; OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de; ALMEIDA, Maira; LUZ SEGUNDO, Elpídio Paiva (coord.). *30 anos da Constituição de 1988: uma jornada democrática inacabada*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 361-367.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocrazia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, jan./abr. 2018. DOI: <https://doi.org/10.25091/S01013300201800010003>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/GsYDWpRwSKzRGsyVY9zPSCP/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 30 nov. 2022.

ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019.

_____. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado: REDE*, Salvador, n. 17, p. 1-19, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595%3E.%20Acesso%20em:%2030%20jan.%202020>. Acesso em: 30 nov. 2022.

ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. Os direitos da natureza desde o pensamento crítico latino-americano. Tradução de Bianca Rodrigues Toledo e Pablo Ronaldo Gadea de Souza. *Revista Culturas Jurídicas*, [Niterói], v. 4, n. 8, p. 17-85, maio/ago. 2017. DOI: <https://doi.org/10.25091/S01013300201700010003>

org/10.22409/rcj.v4i8.433. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/44914>. Acesso em: 30 nov. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018a.

_____. Aqui, lá e em todo lugar: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 101, n. 919, p. 127-196, maio 2012.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020a.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito – o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: _____. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 187-235.

_____. O constitucionalismo democrático ou neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX. *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 4, p. 14-36, 2018b. Edição comemorativa. DOI: <https://doi.org/10.12957/publicum.2018.35777>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/35777/>. Acesso em: 30 nov. 2022.

_____. Populismo, autoritarismo e resistência democrática: as cortes constitucionais no jogo do poder. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, p. 1-34, 2022. *Ahead of print*. DOI: 10.1590/2179-8966/2022/66178. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/66178>. Acesso em: 30 nov. 2022.

_____. *Sem data venia: um olhar sobre o Brasil e o mundo*. Rio de Janeiro: História Real, 2020b.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista da EMERJ*, [Rio de Janeiro], v. 6, n. 23, p. 25-65, 2003. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf. Acesso em: 30 nov. 2022.

BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O fim das ilusões constitucionais de 1988? *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1.769-1.811, jul./set. 2019. DOI: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2018/37470>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/FG6TXrTmF6R3z379zK3RWSR/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 30 nov. 2022.

BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 263, p. 175-220, maio/ago. 2013. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v263.2013.10648>. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10648>. Acesso em: 30 nov. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 nov. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF*. Ação declaratória de constitucionalidade, ajuizada em prol da Resolução nº 07, de 18.10.05, do Conselho Nacional de Justiça [...]. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Requerido: Conselho Nacional de Justiça. Interessados: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário e do Ministério Público da União no Distrito Federal – Sindjus/DF e outros. Relator: Min. Carlos Britto, 20 de agosto de 2008a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>. Acesso em: 30 nov. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF*. Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei de Biossegurança. Impugnação em bloco do art. 5º da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança). Pesquisas com células-tronco embrionárias [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República; Congresso Nacional. Interessados: Conectas Direitos

Humanos e outros. Relator: Min. Ayres Britto, 29 de maio de 2008b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 30 nov. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF*. 1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico [...]. Requerente: Procuradora-Geral da República. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional e outros. Relator: Min. Ayres Britto, 5 de maio de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 30 nov. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650/DF*. Direito constitucional e eleitoral. Modelo normativo vigente de financiamento de campanhas eleitorais. Lei das Eleições, arts. 23, § 1º, incisos I e II, 24 e 81, *caput* e § 1º. Lei Orgânica dos Partidos Políticos, arts. 31, 38, inciso III, e 39, *caput* e § 5º [...]. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Luiz Fux, 17 de setembro de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>. Acesso em: 30 nov. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF*. Estado – Laicidade. O Brasil é uma República laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. Feto anencéfalo – Interrupção da gravidez – Mulher – Liberdade sexual e reprodutiva – Saúde – Dignidade – Autodeterminação – Direitos fundamentais – Crime – Inexistência [...]. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Interessado: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio, 12 de abril de 2012a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 30 nov. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186/DF*. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Atos que instituíram sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (cotas) no processo de seleção para ingresso em instituição pública de ensino superior [...]. Requerente: Democratas – DEM. Interessados: Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília – Cepe; Reitor da Universidade de Brasília; Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília – Cespe/UnB. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 26 de abril de 2012b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em: 30 nov. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Petição nº 3.388/RR*. Ação popular. Demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. Inexistência de vícios no processo administrativo-demarcatório. Observância dos arts. 231 e 232 da Constituição Federal, bem como da Lei nº 6.001/73 e seus decretos regulamentares [...]. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requerida: União. Relator: Min. Ayres Britto, 19 de março de 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 30 nov. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 13*. A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança [...]. [Brasília, DF]: STF, 2008c. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula761/false>. Acesso em: 30 nov. 2022.

BRITTO, Carlos Ayres. O conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana em tema de direitos fundamentais e os avanços da Constituição de 1988. In: CONFERÊNCIA DOS ADVOGADOS DO DISTRITO FEDERAL, 6., 2008, Brasília, DF. *Anais* [...]. Brasília, DF: OAB/DF, 2008. p. 156-168.

CASAS, Bartolomeu de las. *Liberdade e justiça para os povos da América*: oito tratados impressos em Sevilha em 1552. Coordenação geral, introduções e notas de Frei Carlos Josaphat. São Paulo: Paulus, 2010. (Coleção Frei Bartolomeu de las Casas – Obras Completas, 2).

COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, DF, v. 5, n. especial, p. 3-22, 2015. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v5i2.3157>. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3157>. Acesso em: 30 nov. 2022.

COLOMBIA. Corte Constitucional (3. Sala de Revisión). *Sentencia T-62910*. Acción de tutela instaurada contra bar discoteca/Igualdad en la Constitución-reiteración. Igualdad, desigualdad y discriminación en la Constitución [...]. Peticionaria: Lais. Peticionado: Bar Discoteca Pandemo. Magistrado ponente: Dr. Juan Carlos Henao Pérez, 13 de agosto de 2010. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/T-629-10.htm>. Acesso em: 30 nov. 2022.

DINIZ, Debora; PENALVA, Janaína; FAÚNDES, Aníbal; ROSAS, Cristiano. A magnitude do aborto por anencefalia: um estudo com médicos. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, n. 14, p. 1.619-1.624, out. 2009. Suplemento 1. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1413-81232009000800035>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/pF6cZJRnc4SvQgFVcvjWNxf/?lang=pt>. Acesso em: 30 nov. 2022.

DWORKIN, Ronald. Equality, democracy, and Constitution: we the people in court. *Alberta Law Review*, [s. l.], v. 28, n. 2, p. 324-346, 1990. DOI: <https://doi.org/10.29173/alr1605>. Disponível em: <https://albertalawreview.com/index.php/ALR/article/view/1605>. Acesso em: 30 nov. 2022.

FERGUSON, Niall. *Civilização: Ocidente x Oriente*. Tradução de Janaína Marcoantonio. 2. ed. São Paulo: Crítica, 2017.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 250, p. 151-167, 2009. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v250.2009.4141>. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4141>. Acesso em: 30 nov. 2022.

HAMILTON, Alexander. Exame da organização do Poder Judiciário no tocante à condição do bom comportamento para a permanência no cargo. In: MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas: 1787-1788*: edição integral. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 478-485.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.

HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 96, n. 859, p. 81-91, maio 2007.

KRAMER, Larry D. *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. Traducción de Paola Bergallo. Madrid: Marcial Pons, 2011. (Filosofía y Derecho).

LEUZINGER, Márcia Dieguez; LYNGARD, Kylie. The land rights of indigenous and traditional peoples in Brazil and Australia. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, DF, v. 13, n. 1, p. 418-437, 2016. DOI: <https://doi.org/10.5102/rdi.v13i1.4065>. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4065>. Acesso em: 30 nov. 2022.

LEVI, Lucio. Federalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C. Varriale et al. 11. ed. Brasília, DF: Ed. UnB, 1998. v. 1, p. 475-486. Disponível em: <https://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17973/material/Norberto-Bobbio-Dicionario-de-Politica.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2022.

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

LIMA, Rogério de Araújo. Os artigos federalistas: a contribuição de James Madison, Alexander Hamilton e John Jay para o surgimento do federalismo no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 48, n. 192, p. 125-136, out./dez. 2011. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242934>. Acesso em: 30 nov. 2022.

LORENZETTO, Bruno Meneses; CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Supremo Tribunal Federal e a autoridade constitucional compartilhada. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 142-162, set./dez. 2017. DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2017.v13i3.1587>. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1587>. Acesso em: 30 nov. 2022.

LUNA, Naara. O direito à vida no contexto do aborto e da pesquisa com células-tronco embrionárias: disputas de agentes e valores religiosos em um Estado laico. *Religião & Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 1, p. 71-97, 2013. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0100-85872013000100005>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rs/a/hNPqnTdZgrFVy8DQrsKSZJK/?lang=pt>. Acesso em: 30 nov. 2022.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas: 1787-1788*: edição integral. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/383>. Acesso em: 30 nov. 2022.

MENDONÇA, Eduardo. A jurisdição constitucional como parte de um ciclo institucional de decisão democrática. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2017. p. 520-547.

MIGNOLO, Walter D. *La ideal de América Latina: la herida colonial y la opción decolonial*. Traducción de Silvia Jawerbaum y Julieta Barba. Barcelona: Gedisa, 2007. Disponível em: <http://www.ceapedi.com.ar/imagenes/biblioteca/libreria/420.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2022.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Paidéia). Disponível em: https://disciplinas.usp.br/pluginfile.php/2963710/mod_resource/content/0/Montesquieu-O-espírito-das-leis_completo.pdf. Acesso em: 30 nov. 2022.

MOREIRA, Adilson José. Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 18, n. 7, p. 393-421, set./dez. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2017.v18i7.3182>. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3182/2837>. Acesso em: 30 nov. 2022.

QUIJANO, Aníbal. El fantasma del desarrollo en América Latina. *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, Caracas, v. 6, n. 2, p. 73-90, mayo/agosto 2000. Disponível em: http://www.ucv.ve/fileadmin/user_upload/faces/problemas_sociales_contemporaneos/CESOC/MAYO_AGOSTO_2_2000_ENFOQUES_TEORICOS_CONTEMPORANEOS_EN_LAS_CIENCIAS_SOCIALES.pdf. Acesso em: 30 nov. 2022.

RAMOS, Elival da Silva. “Ativismo do Judiciário inviabiliza, em boa parte, o modelo brasileiro de Estado”. Entrevista cedida a Thiago Crepaldi e Claudia Moraes. *Consultor Jurídico*, [s. l.], 11 mar. 2018. Legisladores de Toga. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-11/entrevista-elival-silva-ramos-ex-procurador-geral-sp>. Acesso em: 30 nov. 2022.

RUNCIMAN, David. *Como a democracia chega ao fim*. Tradução de Sergio Flaksman. São Paulo: Todavia, 2018.

SANTIAGO, Marcus Firmino. Marbury vs. Madison: uma revisão da decisão chave para o controle jurisdicional de constitucionalidade. *Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 277-297, maio/ago. 2015. DOI: <https://doi.org/10.15175/1984-2503-20157204>. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/revistapassagens/article/view/46160>. Acesso em: 30 nov. 2022.

SÃO PAULO (Estado). Defensoria Pública. Direito à moradia: Defensoria Pública evita despejo de jovem mãe com 5 crianças por desavença familiar e encaminha caso para mediação. *Jusbrasil*, [s. l., 2016]. Disponível em: <https://dp-sp.jusbrasil.com.br/noticias/344996727/direito-a-moradia-defensoria-publica-evita-despejo-de-jovem-mae-com-5-criancas-por-desavenca-familiar-e-encaminha-caso-para-mediacao>. Acesso em: 30 nov. 2022.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: _____ (coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 113-146.

_____. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 113-148.

STF ganha certificado da Unesco por reconhecer união homoafetiva proposta em ADPF da PGE-RJ. *PGE-RJ Notícias*, Rio de Janeiro, 13 dez. 2018. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/imprensa/noticias/2018/12/stf-ganha-certificado-da-unesco-por-reconhecer-uniao-homoafetiva-proposta-em-adpf-da-pge-rj>. Acesso em: 30 nov. 2022.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Tradução e notas de Neil Ribeiro da Silva. 2. ed. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Edusp, 1977. (Biblioteca de Cultura Humanista, 4).

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de Direito do Estado: RDE*, Rio de Janeiro, n. 12, p. 55-75, out./dez. 2008.

Princípios constitucionais estruturantes da implantação de modelos de gestão inovadora em unidades jurídicas

FABIO LUIZ DE OLIVEIRA BEZERRA

Resumo: O artigo aborda o tema da intersecção do Direito com a Administração, com base na premissa de que uma unidade jurisdicional pode ser compreendida como organização com o fim de programar seu gerenciamento. Dado o grau altamente abstrato das teorias da Administração, aborda-se especialmente a necessidade de adaptá-las à área jurídica com o objetivo de mapear os mediadores apropriados para realizar aquele propósito. Empregou-se o método exploratório e avaliativo, com preponderância da análise descritivo-interpretativa de documentos doutrinários e normativos, com enfoque interdisciplinar: Direito, Administração e Ciência Política. Demonstra-se que os princípios constitucionais estruturantes são os parâmetros adequados para a adaptação dos modelos de gestão às peculiaridades da área jurídica, em especial os princípios da boa administração, responsividade, sustentabilidade, boa governança e responsabilidade.

Palavras-chave: princípios constitucionais estruturantes; princípio da sustentabilidade; princípio da boa governança; princípio da responsabilidade; gestão inovadora no Direito.

Structuring constitutional principles as mediators for the implementation of an innovative management model in legal office

Abstract: This article deals with the intersection between Law and Management, starting from the premise that a jurisdictional unit or legal office can be understood as an organization, for the purpose of implementing its management. Considering the high degree of abstraction of management theories, the problem of the need to adapt these theories to the legal area is faced, with the aim of mapping the appropriate mediators

Recebido em 28/3/23
Aprovado em 15/5/23

to carry out this mission. The exploratory and evaluative method was used, with preponderance of the descriptive-interpretative analysis of doctrinal and normative documents, with an interdisciplinary approach (Law, Administration and Political Science). It is demonstrated that the structuring constitutional principles are the appropriate parameters for adapting management models to the peculiarities of the legal area, specifically the principles of good administration, responsiveness, sustainability, good governance and responsibility.

Keywords: structuring constitutional principles; principle of sustainability; principle of good governance; principle of responsibility; innovative management in Law.

1 Introdução

Unidades jurisdicionais ou escritórios jurídicos (defensoria, procuradoria ou advocacia) podem ser tratados como organizações com o fim de cumprir seus objetivos institucionais e de implantar um modelo de gestão apropriado a suas características. Compreende-se *organização* como “qualquer grupo de pessoas que combinam seus próprios esforços e outros recursos para alcançar um propósito comum” (MACIEIRA; MARANHÃO, 2010, p. 403), do qual não se exige formalização como pessoa jurídica para essa finalidade gerencial.

Após longo período de despreocupação com a gestão, constata-se na última década uma crescente literatura com foco na gestão de unidades jurídicas, notadamente unidades jurisdicionais, devido em grande parte às diretrizes emanadas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que firmaram um padrão mínimo de gestão judiciária a ser implantado nas unidades jurisdicionais, o que resultou em muita experimentação, erros e acertos.

Note-se que a “literatura brasileira sobre gerência, modelos de gestão, qualidade total, entre outros, direcionados para o sistema judicial, não apresenta traços específicos que possam distingui-los daquela voltada para a Administração em geral” (HADDAD; PEDROSA, 2017, p. 18). Isso acontece porque, como preconiza a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT, 2000, p. 3) quanto à gestão da qualidade, “todos os requisitos desta Norma são genéricos e se pretende que sejam aplicáveis a todas as organizações, sem levar em consideração o tipo, tamanho e produto fornecido”, o que possibilitou a aplicação não apenas às organizações privadas como também às organizações públicas.

Contudo, “os conceitos apresentados em geral mantêm alto grau de abstração e os exemplos de práticas parecem apenas se aproximar do Direito”, ou seja, “não se consegue traduzir para a área jurídica muitas das ferramentas utilizadas pelos administradores no comando de indústrias, empresas e sociedades” (HADDAD; PEDROSA, 2017, p. 18). É crucial que toda abordagem sobre gestão na área jurídica – estudo, pesquisa ou implantação – necessariamente adapte as teorias da Administração levando em conta as características específicas das unidades jurídicas. Com efeito, a questão que se apresenta nesse contexto é: para realizar essa adaptação, qual é o parâmetro eficaz?

A hipótese deste estudo é que os princípios constitucionais estruturantes são os parâmetros mais viáveis para adequar os conhecimentos da Administração às peculiaridades da área pública, sobretudo às da área jurídica, como também a vara judicial, gabinete de desembargador, escritório de defensoria ou procuradoria.

Não há uniformidade na doutrina quanto aos princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) reconhece alguns princípios da Administração Pública e, em vários preceitos, apresenta traços de princípios (implícitos) desenhados pela doutrina.

Nem todos os princípios constitucionais servem de balizas para a teoria administrativa, quando aplicável em unidade jurídica: basicamente são os que dizem respeito direta ou indiretamente à gestão, tanto à execução e à responsabilização quanto ao controle. Alguns dos princípios evoluem de teorias administrativas e ganham contornos jurídicos. Nessas situações, é bem evidente a relação entre eles, o que justifica a função de mediador.

Princípios jurídicos e os preceitos da Administração mantêm relação de reciprocidade. Tanto os princípios jurídicos são importantes adaptadores no momento de aplicação de conhecimento de gestão quanto os conhecimentos de gestão subsidiam a configuração do princípio jurídico. Com essa perspectiva, o objetivo é evidenciar os princípios constitucionais que servem adequadamente ao propósito da mediação entre as teorias de gestão e a unidade jurídica.

Para alcançar esse intento, empregou-se o método descritivo, exploratório e avaliativo, com preponderância da análise descritivo-interpretativa de documentos doutrinários, normativos e jurisprudenciais. A abordagem da pesquisa é essencialmente jurídico-dogmática. Não se limita à doutrina ou ao ordenamento brasileiro, para proceder também à análise da literatura inglesa e espanhola quanto à boa administração, da norte-americana e portuguesa quanto à responsividade e da literatura alemã quanto à sustentabilidade e aos fundamentos da responsabilidade.

Em razão da pluralidade dos aspectos da temática, o trabalho esteia-se em conceitos do Direito Constitucional e do Administrativo, bem como em alguns conceitos da Ciência Política (como representação e representatividade) e da Administração. A abordagem interdisciplinar resultante contém-se nos limites de um estudo dogmático que extrai dessa transversalidade as questões suscetíveis de abordagem jurídica.

Em busca dos mediadores para a implantação de um modelo de gestão inovadora na área jurídica, parte-se da compreensão das transformações por que passou a Administração Pública nesse aspecto, para se depreender o primeiro mediador: o princípio da boa administração (seção 2). Aborda-se em seguida o princípio da responsividade (seção 3), o da sustentabilidade (seção 4), o da boa governança (seção 5) e o da responsabilidade (seção 6).

2 Princípio da boa administração

Até meados do século XX, a Administração Pública buscava seguir os ritos legais, sem a necessária preocupação com resultado ou desempenho. Com os dois choques de preços de petróleo (em 1973 e 1979) e a desregulamentação do sistema monetário internacional, houve uma grande crise econômica mundial na década de 1980, a qual forçou as administrações públicas a se modernizarem em busca de maior eficiência (BEZERRA, 2019, p. 230).

Uma nova gestão pública foi então implantada, transpondo para o setor público alguns conceitos da iniciativa privada, especialmente a ênfase no controle dos resultados, na descentralização da gestão, na concorrência no setor público e na disciplinada utilização de recursos públicos (HOOD, 1991, p. 5). Como aponta Rhodes (1997, p. 48), as bases da nova

gestão pública foram o gerencialismo e a nova economia institucional.

O gerencialismo propugna a adoção de métodos de gestão privada no setor público, especialmente a implantação de medidas de desempenho, gestão por resultados, avaliação de custo benefício, foco no cliente (RHODES, 1997, p. 48) – que, em outras palavras, consiste na introdução de critérios de economia, de eficácia e de eficiência (GONÇALVES, 2013, p. 154). A nova economia institucional, por sua vez, preconiza a utilização de estruturas de incentivo (como a competição de mercado) para a prestação de serviços públicos, com o objetivo de gerar maior concorrência entre os prestadores de serviços (RHODES, 1997, p. 49).

A Inglaterra foi pioneira na implantação dessa nova gestão pública, durante o governo de Margaret Thatcher (1979-1990). Até 1988 o gerencialismo foi predominante; depois disso, as ideias da nova economia institucional foram prevalecendo (BEZERRA, 2019, p. 231).

Nos anos 1980 e 1990, as reformas das administrações públicas para a implantação de uma nova gestão pública implicaram descentralização, privatização e terceirização de muitas atividades estatais, potencializando o intercâmbio do setor público com setor privado; por consequência, colocou à prova a conduta dos servidores públicos, dado o “risco de incorreção” (NOLAN, 1997, p. 13-26). O princípio da boa administração foi construído tanto pela qualidade da prestação do serviço quanto pela regular atuação dos servidores.

A Inglaterra detém o pioneirismo na tentativa de consolidar um conjunto de normas acerca da boa administração. O comitê formado pela seção britânica da Comissão Internacional de Juristas – organização não governamental de defesa dos direitos humanos chefiada por Keith Goodfellow – elaborou em 1971 o *Projeto de Declaração de princípios de boa administração*,

que não foi aprovado, mas desencadeou o debate sobre a necessidade de se adotarem regras para o procedimento administrativo, como o direito de produzir provas e o direito à conclusão em prazo razoável (WOODHOUSE, 1997, p. 229-230).

Na sequência das reformas iniciadas pelo governo Thatcher, em 1991 o governo de John Major elaborou a *Carta do cidadão*, com o objetivo de propiciar maior transparência na prestação de serviços e na efetiva responsabilização dos agentes públicos, bem como o de reforçar os princípios democráticos ao empoderar o cidadão (BEZERRA, 2019, p. 235). Estavam aí incorporados alguns aspectos da boa administração, mas não todos (WOODHOUSE, 1997, p. 225).

Com base na Recomendação nº 2/1980 – acerca do exercício do poder discricionário pelas autoridades administrativas, expedida pelo Comitê dos Ministros do Conselho da Europa –, em 1993 a comissão inglesa para a administração local elaborou um guia de boas práticas administrativas e consagrou os seguintes princípios: legalidade, objetividade, consistência, equidade, justiça, integridade, justificabilidade e imparcialidade (BEZERRA, 2019, p. 234). No mesmo ano, o Comitê do Tesouro e do Serviço Civil elaborou o relatório *O papel do serviço civil*, indicando como princípios constitucionais do serviço público a imparcialidade, a integridade, a objetividade, a *accountability*, a seleção e a promoção por mérito (WOODHOUSE, 1997, p. 7).

Na esteira da *Carta do cidadão*, com o fim de tornar o governo mais aberto e transparente – e o cidadão, mais informado –, promulgou-se em 1994 o Código de acesso à informação governamental, que seria substituído depois pela *Lei de liberdade de informação*, promulgada em 2000 (BEZERRA, 2019, p. 235). Quanto às normas de condutas, após o *Projeto de Código de conduta para os servidores civis*, de 1999, não ter sido aprovado, o Parlamento constituiu uma comissão para se debruçar sobre a matéria; em 1995 ela publicaria o relatório *Padrões na vida pública*, com recomendações para servidores públicos, ministros e parlamentares, tudo sob a égide de sete princípios: interesse público, integridade, objetividade, *accountability*, transparência, honestidade e liderança (NOLAN, 1997, p. 10).

Em 2007, o ombudsman da Inglaterra publicou o documento *Princípios da boa administração* e destacou os seguintes: legalidade, foco no consumidor, abertura e *accountability*, justiça e proporcionalidade, correção imediata de erros e busca de aperfeiçoamento. Em 2012, o mesmo ombudsman editou uma consolidação de padrões éticos do serviço público civil, que tomou a forma de cinco princípios: compromisso com a União Europeia, integridade, objetividade (imparcialidade), respeito aos outros e transparência.

No Direito europeu, cabe mencionar a *Carta de direitos fundamentais da União Europeia*, de 2000, alçada à condição de norma convencional por força do Tratado de Lisboa em dezembro de 2009. Seu art. 41 estabelece o direito fundamental à boa administração, como uma síntese de deveres e direitos: dever de agir de maneira imparcial e equitativa, dever de motivar as decisões, direito a uma decisão em prazo razoável, direito de ser ouvido previamente à decisão (contraditório) e de apresentar ampla defesa e direito à reparação (BEZERRA, 2019, p. 236; UNIÃO EUROPEIA, 2000).

No ano seguinte, o Parlamento Europeu aprovou proposta do ombudsman europeu, consistente no *Código europeu de boa conduta administrativa*, com o objetivo de disciplinar as relações das instituições e seus agentes públicos com o cidadão-cliente, fixando estes princípios: juridicidade, não discriminação, proporcionalidade, ausência de abuso de poder, imparcialidade, independência, objetividade, consistência, justiça, cortesia, contraditório, ampla defesa, prazo razoável e fundamentação (BEZERRA, 2019, p. 236). Em 2007, o Comitê de Ministros do Conselho Europeu elaborou a *Recomendação nº 7 sobre boa administração*, em que se apregoa a regência dos princípios da juridicidade, igualdade, imparcialidade, proporcionalidade, certeza legal, prazo razoável, participação, respeito à privacidade e transparência.

Na Espanha, como mencionado por Bezerra (2019, p. 236) e concebido por Nevado-Batalla Moreno (2007, p. 231-232), o princípio da boa administração compõe um conceito-síntese de vários direitos esparsamente reconhecidos, relacionados tanto à qualidade do serviço público quanto à confiança do cidadão nos seus agentes.

Os arts. 103 e 105 da Constituição espanhola – bem como em menor medida os arts. 9º, 14 e 23 – impõem à Administração Pública “o respeito à legalidade e à igualdade, a promoção da liberdade, da segurança jurídica e da eficiência, o dever de informar o cidadão e de assegurar a sua participação e o dever de observância do mérito para acesso a cargos públicos” (BEZERRA, 2019, p. 237; ESPAÑA, [2011]). No âmbito infraconstitucional, a *Lei do regime jurídico das administrações públicas e do procedimento administrativo comum* contempla direitos genéricos (direito de ser informado, de ser tratado com respeito, de identificar a autoridade, de exigir responsabilidade) e direitos relativos a procedimentos (contraditório, ampla defesa, motivação), que se aglutinam no princípio da boa administração, o qual se submete ao influxo de normas éticas constantes do *Código de bom governo dos membros do governo e altos cargos da administração geral do Estado*, do *Código de ética profissional dos secretários, interventores e tesoureiros da administração local* e, especialmente, aos “anexos da Lei 7/2007 (Estatuto básico do empregado público) sobre princípios éticos: defesa dos valores democráticos, legalidade, interesse

público, neutralidade e imparcialidade, transparência, eficácia e eficiência, igualdade, não discriminação” (BEZERRA, 2019, p. 237).

A Constituição portuguesa de 1976 não consignou literalmente o princípio da boa administração nem o direito fundamental à boa administração. Na doutrina, o princípio da boa administração foi caracterizado, num primeiro momento, pelo princípio da eficiência, que preconiza a incorporação de diretrizes de gestão e de racionalidade econômico-financeira na Administração Pública.

No Direito brasileiro, a CRFB (BRASIL, [2022]), na redação original do art. 37, estabeleceu que a Administração Pública deve seguir os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade; a eficiência não era expressamente prevista como princípio administrativo. Não obstante, o art. 74 impunha a análise tanto da eficácia quanto da eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da Administração Pública. O art. 70 determina também a observância da economicidade. Na redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998, o art. 37 passou a prever também a eficiência como princípio da Administração Pública.

O princípio da eficiência e o princípio da economicidade estão relacionados aos conceitos de eficácia e eficiência da Administração. A doutrina jurídica estabelece o princípio constitucional da eficiência como “toda a ação administrativa deve estar orientada para a concretização material e efetiva da finalidade posta pela lei, segundo os cânones do regime jurídico-administrativo” (FRANÇA, 2001, p. 183). Entende-se que essa descrição está mais próxima do conceito de *eficácia* (atingir os objetivos traçados) do que propriamente do conceito de *eficiência* (realizar os objetivos com menos custos). Por sua vez, o princípio constitucional da economicidade consubstancia a eficiência da teoria administrativa quanto ao aspecto do custo financeiro das despesas.

Com a eficácia, um conceito absoluto, avalia-se o atingimento dos objetivos ou finalidade, sem comparar opções possíveis. A eficiência está ligada à maneira da execução ou a características subjetivas dos resultados alcançados, o que significa avaliar aspectos do processo, como o custo, o tempo de produção, o uso de insumos materiais ou a carga horária dos servidores. A eficiência é, assim, um conceito relativo em que se comparam situações que levam ao mesmo cumprimento do objetivo administrativo ou finalidade legal. No âmbito da Administração Pública, o aspecto do resultado a ser avaliado ou parâmetro de comparação, além dos já mencionados, podem ser as “flexibilizações das normas que regulam o procedimento administrativo” (FRANÇA, 2001, p. 183), muitas vezes levadas a cabo para se atingirem os objetivos da instituição. Nesse contexto, o princípio da eficiência “tem bastante relevância quando se apura

o respeito à ordem jurídica quando se está diante da discricionariedade administrativa” (FRANÇA, 2001, p. 184).

No âmbito da Administração Pública, o custo da eficiência está embutido no princípio da economicidade, ao passo que o princípio da eficiência engloba tanto a eficácia quanto os parâmetros não financeiros da eficiência. A CRFB, contudo, não prevê o princípio da boa administração. Ele resulta da conjugação dos princípios já mencionados com os do art. 5º, LIV e LV, da CRFB, que asseguram o contraditório, ampla defesa e o devido processo legal, assim como o art. 93, X, que impõe a adequada fundamentação das decisões administrativas no âmbito judicial. Há também preceitos sobre o direito à informação (CRFB, art. 5º, XXXIII) e a participação dos usuários na Administração Pública (CRFB, art. 37, § 3º) (BRASIL, [2022]).

Em síntese: o princípio da boa administração funda-se em preceitos tanto técnicos quanto éticos, materializados nos seguintes valores, parâmetros e subprincípios jurídicos: legalidade, igualdade, não discriminação, imparcialidade, integridade, eficiência, eficácia, transparência e publicidade.

3 Princípio da responsividade

As transformações da Administração Pública continuaram no início de século XXI “com o intuito de se conseguir maior concretude aos valores éticos e democráticos”, procurando aproximar-se ainda mais do cidadão para a realização de seus anseios e preferências (BEZERRA, 2019, p. 246), suas aspirações e necessidades (CANOTILHO, 2008a, p. 334).

A questão de atender aos interesses do cidadão “remete à problemática da representação”, à análise do modo como “o mandato é exercido pelos mandatários, especialmente a verificação da capacidade de resposta do mandatário a essas preferências dos cidadãos, que é denominada de responsividade” (BEZERRA, 2019, p. 246).

O termo *representação* é utilizado para conceituar a relação entre preferências do eleitorado e as políticas adotadas pelo mandatário – mais especificamente uma relação de influência do eleitorado sobre o eleito, ou seja, saber se os eleitos respondem aos eleitores de sua circunscrição. Dahl (1956, p. 131) foi o primeiro a utilizar a palavra *responsive* para adjetivar os líderes governamentais que levavam em conta as preferências do eleitor nas escolhas das políticas públicas. Ressalta Bezerra (2019, p. 247): como os cidadãos são os titulares do poder político, não há dúvida de que o governante deve buscar atender às necessidades deles. Sobre isso não há discordância na doutrina. Persiste, contudo, a dúvida

sobre como realizar tais necessidades – seja simplesmente seguindo as preferências do eleitor mediante eleições, seja aferindo o interesse do eleitor durante o mandato.

Superada a ideia absolutista de que o governante não precisava ouvir o povo, adveio num primeiro momento a denominada *teoria do mandato imperativo*, “segundo a qual caberia ao mandatário seguir as instruções específicas enviadas pelos cidadãos”; num segundo momento, sobretudo após a Revolução Francesa, prevaleceu a concepção de Burke sobre *representação livre* (ou *proibição de mandato imperativo*): “os eleitos não estavam vinculados às instruções que seus eleitores faziam sobre as matérias discutidas no parlamento, tendo ampla margem de autonomia para decidir conforme sua consciência” (BEZERRA, 2019, p. 247). Muito embora a concepção de Burke tenha sido adotada pela maioria das Constituições contemporâneas, permaneceu no centro da discussão teórica e na prática da política a questão de o mandatário ter ou não o dever de seguir as condições estipuladas no “mandato” outorgado pelo eleitorado. Ela já tem mais de dois séculos; e, a partir da metade do século XX, a flexibilização do conceito de mandato livre passou a ser majoritária.

Nos primórdios das civilizações – acen-tua Bezerra (2019, p. 249), na linha de Pitkin (1967, p. 2) –, a representação não era ligada à eleição ou à democracia. Havia na Grécia, por exemplo, autêntica representação sem vínculo com eleição, ao passo que em Roma não estava sequer relacionada a pessoas. Somente a partir do século XVII – com o movimento inglês que apregoava que a taxaço sem representação era tirania, acolhido pelo Parlamento e depois adotado na Revolução Americana –, foi assegurado a todo cidadão o direito de ser representado por alguém eleito, o que passou a significar *representação popular*. No século XX, “também nas palavras de Hanna Pitkin

(1967, p. 4), assiste-se a uma tendência teórica de depreciação da representação nas democracias, chegando-se a classificá-la como mito ou ilusão” (BEZERRA, 2019, p. 248).

Alguns autores, como Kearns (1996, p. 7), conceituam responsividade como uma categoria ampla de *accountability*, ao lado da categoria restrita de *accountability*, que abrange a *responsibility* e a *answerability*. Há quem autonomize a responsividade de institutos como *accountability*, embora se mantenham os dois como subprincípios da *good governance*, como o faz Canotilho (2008a, p. 334). Em comum está o fato de a responsividade ir além da prestação de contas (*accountability*) e de objetivar atender realmente às demandas do cidadão.

Nas palavras de Bezerra (2019, p. 250) – inspiradas em Pitkin (1967, p. 232-235, tradução nossa) –, a representação-responsividade exige “arranjos institucionais tanto para captar os desejos dos representados quanto para dar uma resposta a eles”, compreendendo “eleições regulares e livres”, “corpo representativo colegial com caráter deliberativo” e “reeleição periódica”.

O período entre as eleições é realmente o ponto fulcral das teorias da representação. Como diz Fisichella (1996, p. 38), é quase impossível para o representante saber com precisão a preferência do eleitor. Contudo, Bezerra (2019, p. 252) constata que, “em vez de tentar concretizar juridicamente a responsividade, o doutrinador italiano faz uma separação nítida entre a responsividade e a responsabilidade”. Essa, aliás, tem sido a doutrina dominante, “situando responsividade num campo quase que exclusivamente metajurídico, tangenciando o campo jurídico apenas por intermédio dos valores que ele incorpora e que dão alicerce a alguns princípios e normas jurídicas relacionadas” (BEZERRA, 2019, p. 252). De acordo com Urbano (2009, p. 151), neles se insere a responsividade na esfera da legitimação.

A inserção da responsividade à margem da juridicidade no período entre eleições ocorre “por conta da falta de instrumentos jurídicos para captar e medir as preferências do eleitor nesse período” (BEZERRA, 2019, p. 256). Daí por que grande parte da doutrina defende a responsividade como a disponibilidade *potencial* para responder (FISICHELLA, 1996, p. 34), mas não necessariamente a *efetiva* disponibilidade para responder. O conceito de *responsividade* nasceu, portanto, da convergência da Ciência Política com o Direito Constitucional e paulatinamente foi espalhando-se na Administração Pública em geral.

No princípio da boa administração já se notavam alguns traços de responsividade, tais como a exigência de se manter o foco no usuário como consumidor do serviço. Contudo, a responsividade vai além da eficiência e da eficácia dos serviços ao impor o atendimento efetivo do usuário. A responsividade aproxima-se da efetividade da Ciência da Administração, mas com referência, não ao prestador de serviço, e sim ao usuário. Saliente-se que a *efetividade* é a confluência da *eficácia* (atingir os objetivos) com a *eficiência* (de modo menos oneroso) que gera impacto relevante na organização.

Na gestão organizacional, é imperioso não apenas ouvir o usuário ou obter a sua avaliação. Toda a organização deve efetivamente retroalimentar-se com ideias, críticas e sugestões do usuário. Novas ações, as melhorias nos serviços e os novos projetos devem ser orientados também pela experiência do usuário. Enfim: o cidadão deve ser posto no centro de toda discussão relativa a qualquer serviço público.

A responsividade somente tem sido atingida com inovação na prestação do serviço, não apenas a inovação *incremental* (melhoria contínua da qualidade), mas também – e sobretudo – a inovação *radical*, que corresponde à apresentação de um produto ou serviço

inteiramente novo para o usuário, que não atende a uma demanda antes reconhecida, mas cria nova demanda antes não vislumbrada pelo usuário.

A inovação inicialmente era associada a produtos, em especial os de alta tecnologia. Percebeu-se com o tempo que a criatividade e a inventividade podem estar presentes também em serviços, na distribuição e até mesmo em modelos de negócios. Recentemente, a busca por inovação também alcançou a área gerencial, com novas práticas, processos e estruturas administrativas (TERRA, 2018, p. 18).

Em síntese: para a gestão de unidades jurídicas, o princípio da responsividade será atendido quanto maior for a realização das necessidades do usuário. Assim, esse princípio exige a concretização dos seguintes valores e subprincípios jurídicos: participação, *accountability*, prestação de contas, efetividade, eficiência, eficácia, atendimento das necessidades reais do usuário, orientação pela experiência do usuário, melhoria contínua e inovação.

4 Princípio da sustentabilidade

O relatório *Our Common Future* (conhecido como *Relatório Brundtland*) – elaborado em 1987 pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, criada pela Assembleia das Nações Unidas –, foi pioneiro a adjetivar de *sustentável* o desenvolvimento de um país que busca “satisfazer às necessidades da geração atual, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem as suas próprias necessidades”, o que significa atingir “um nível satisfatório de desenvolvimento social e econômico e de realização humana e cultural, fazendo, ao mesmo tempo, um uso razoável dos recursos da terra” (UNITED NATIONS, 1987, p. 24, tradução nossa).

O desenvolvimento sustentável foi tema central da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (*Rio 92*), na qual se alcançou o consenso sobre a necessidade conciliar desenvolvimento social e econômico com o uso de bens ambientais. Na ocasião, foi lançada a *Agenda 21*, que corresponde à primeira carta de intenções para a promoção de um novo padrão de desenvolvimento para o século XXI (UNITED NATIONS, 1992). Em 2012, ao adotar diretrizes para políticas econômicas verdes, a *Conferência Rio+20* renovou o compromisso pelo desenvolvimento sustentável e pelo estabelecimento de metas para os anos seguintes (UNITED NATIONS, 2012).

Conforme Bezerra (2020, p. 96), alguns países transpuseram para suas Constituições o conceito de *desenvolvimento sustentável* – como Portugal, que em 1997, na 4ª Revisão da Constituição, estabeleceu essa forma de desenvolvimento como incumbência prioritária do Estado (art. 66, n. 2, e art. 81, “a”, da Constituição de 1976 (PORTUGAL, [2005])); e, mais recentemente na França, o art. 6º da *Carta do Ambiente* (Lei Constitucional nº 205/2005 (FRANCE, 2005)), dispõe que as políticas públicas devem promover um desenvolvimento sustentável, conciliando a proteção do ambiente, o desenvolvimento econômico e o progresso social.

A declaração *Transformando nosso mundo: a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável*, adotada na Assembleia Geral das Nações Unidas de 2015, especificou ações para a promoção do desenvolvimento sustentável, ao listar 17 objetivos e 169 metas, integrados e equilibrados em três dimensões: econômica, social e ambiental (UNITED NATIONS, 2015).

Como destaca Bezerra (2020, p. 95, grifo do autor), “embora o foco tenha sido o desenvolvimento, sendo a sustentabilidade apenas adjetivada (*sustentável*)”, já se percebiam no *Relatório Brundtland* as raízes das três dimensões

do desenvolvimento sustentável (ambiental, econômico e social), que posteriormente foram realizadas pela doutrina jurídico-constitucional da sustentabilidade (KAHL, 2008).

A dimensão ambiental da sustentabilidade foi a primeira a ser desenvolvida pela doutrina e acolhida pelo legislador, ao passo que “as duas outras dimensões foram sendo desenvolvidas em termos de dogmática jurídico-constitucional paralelamente e com forte conexão com a doutrina ambiental” (BEZERRA, 2020, p. 95). A dimensão econômica da sustentabilidade começou a ganhar corpo após as crises econômicas da década de 1990. Direitos sociais, que demandam recursos financeiros para sua execução pelo Estado, ficaram comprometidos, e passou-se a discutir se a eficácia da gestão econômico-financeira conforma tais direitos (BEZERRA, 2022). A má gestão governamental, incluindo a fiscalização da arrecadação e aplicação dos recursos públicos, causou a derrocada de muitas economias, o que gerou em termos dogmáticos a construção da vertente fiscal da sustentabilidade (BEZERRA, 2022), a qual pode ser decomposta nos subprincípios do equilíbrio, da transparência, da sinceridade e da precaução (CAMPOS, 2015, p. 237-285).

Desde o relatório de 1999, considerado pioneiro na preocupação com a gestão fiscal (BEZERRA, 2020, p. 96), a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE, 2002, p. 7) tem apontado a necessidade de avaliação da sustentabilidade fiscal do orçamento. Por essas razões, Bezerra (2020, p. 96) defende que a sustentabilidade econômico-financeira é bem jurídico-constitucional; assim, “deve ser protegida pelos sistemas jurídicos especializados, como, por exemplo, o sistema político, o sistema criminal e o sistema de controle financeiro”.

Compreendidas as três dimensões da sustentabilidade, importa saber como se procede

à sua harmonização. Aduz Bezerra (2020, p. 96) que Cans (2008, p. 50) realça a teoria da ponderação dos interesses como inadequada para esse intento, proclamando o uso de uma teoria da conciliação, mas que se realize no âmbito das políticas públicas dos três pilares (ambiente, economia e desenvolvimento social), e não dos interesses envolvidos.

No âmbito do princípio da sustentabilidade, também devem ser equalizadas e dimensionadas a precaução e a inovação, valores muitas vezes antagônicos: a precaução exige uma ação calcada na prudência, com avaliação dos riscos mesmo que não haja certeza científica sobre a intervenção que será posta em prática, ao passo que a inovação implica experimentação, mesmo diante de alguns riscos, pretendendo com isso lidar e aprender com os erros.

Bezerra (2020, p. 96), na esteira de Loureiro (2010, p. 39), constata que o princípio da sustentabilidade é transversal, multidimensional e multidisciplinar – e, por sua envergadura, possibilita a operacionalidade de outros princípios constitucionais, motivo por que adere à conclusão de Häberle (2008, p. 200), para quem esse princípio é elemento estrutural típico do Estado constitucional.

Pode-se concluir que o princípio da sustentabilidade é materializado pelos seguintes valores, parâmetros e subprincípios: economicidade, equilíbrio, transparência, sinceridade, precaução e inovação.

5 Princípio da boa governança

As mudanças da Administração Pública ocorridas entre o final do século XX e o início deste tiveram como pano de fundo a reforma do Estado, em que “não era apenas a implementação da decisão política (a cargo do Executivo) que estava a mudar, mas também a própria tomada de decisão política, que carrega consigo uma mudança de toda a configuração institucional estatal” (BEZERRA, 2019, p. 240). Por essa razão, a governança que resulta desse movimento é, como aponta Canotilho (2008a, p. 326), “uma dimensão básica não apenas de Estado administrativo, mas de um verdadeiro Estado constitucional”.

Vê-se que, “enquanto administração e gestão estão restritas à implementação da decisão (política), *governança* é bem mais ampla, diz respeito à própria definição da política pública fundamental” (BEZERRA, 2019, p. 240). Nesse contexto de nova governança pública, “a separação entre política e administração surge como um princípio fundamental” (GONÇALVES, 2013, p. 151).

A *governança*, inicialmente compreendida como equivalente à nova gestão pública (RHODES, 1997, p. 47-51), passa a ser entendida como

uma nova forma de governar (LEWIS, 1993, p. 316), ou melhor, uma nova forma de a sociedade ser governada (RHODES, 1997, p. 57), incluindo conceitos e princípios que vão muito além dos almejados pela nova gestão pública, que se ligavam mais à eficiência do serviço público.

Como já destacou Klement (2006, p. 17-19), o Estado perde centralidade na resolução dos problemas sociais, uma vez que não consegue responder às crises de controle social e atender de maneira satisfatória às necessidades básicas das pessoas. A perda da centralidade ocorre não apenas com o “surgimento dos atores não estatais (atores sociais), com relativa autonomia frente ao Estado, cuja soberania sofre limitações; mas também pelo incremento do protagonismo de atores estatais internos (municipalidades, por exemplo) e atores supraestatais” (BEZERRA, 2019, p. 243). Nesse contexto, a supremacia de órgãos supranacionais provoca uma interação assimétrica entre eles e o Estado nacional, daí por que Dolzer (2004), como recorda Bezerra (2019, p. 243), defende a governança como um novo enquadramento transnacional da estatalidade. Sob outro ângulo, agora internamente, “a autonomia crescente de órgãos estatais, embora aumente a complexidade das relações do governo central e diminua a capacidade de direção nacional, não resulta em perda de soberania, pois dele dependentes” (BEZERRA, 2019, p. 243).

A concepção de governança como *good governance* (boa governança) tem origem no Consenso de Washington, de 1989, resultado do alinhamento de instituições financeiras internacionais, Fundo Monetário Internacional e Banco Mundial quanto a regras básicas a serem adotadas pelos países que necessitassem de empréstimos desses organismos internacionais, especificamente sobre “disciplina fiscal, redução dos gastos públicos, reforma tributária, juros de mercado, câmbio de mercado, abertura comercial, eliminação de restrições para investimento estrangeiro direto, diminuição do Estado por meio de privatização das estatais” (BEZERRA, 2019, p. 243).

Segundo o escólio de Kaufmann (2003), acolhido por Bezerra (2019, p. 244), *governança* é o exercício de autoridade realizado por meio de tradições e de instituições formais e informais, que disciplinem como os governos são escolhidos, monitorados e substituídos, com o propósito de programar políticas públicas idôneas e o respeito a essas instituições pelos cidadãos e pelo Estado. Na medida em que a sociedade se transforma num “sistema político sofisticado” – quando vão concretizando-se na estrutura governamental os “conceitos de direitos humanos, democratização e democracia, Estado de direito, sociedade civil, partilha descentralizada do poder e administração pública sólida” (UNIÃO EUROPEIA, 2003, p. 4) –, o conceito de governança precisa adotar critérios predefinidos para avaliar os resultados, justificando a evolução para boa governança (BEZERRA, 2019, p. 244).

No âmbito internacional, a *boa governança* será tão mais intensa quanto maior for a concretização dos princípios da participação, da transparência, do respeito ao Estado de Direito, da orientação por consensos, da igualdade e inclusão, da *accountability*, da eficácia, da eficiência e da responsividade (UNITED NATIONS, [2009]).

No âmbito europeu, o conceito de *boa governança* constou no Acordo de Parceria de Cotonou, assinado em 2000, entre a então Comunidade Europeia, hoje União Europeia, e alguns Estados de África, das Caraíbas e do Pacífico, consistindo na gestão transparente e responsável dos recursos humanos, naturais, econômicos e financeiros, com vistas ao desenvolvimento sustentável e equitativo. Posteriormente, conforme Bezerra (2019, p. 245), a União Europeia elaborou o documento intitulado *Governança: um livro branco*, que destaca cinco princípios materializadores da boa governança: abertura (ser transparente e acessível), participação, responsabilização (incluindo a definição clara da atribuição de cada instituição), eficácia (atingir de maneira oportuna e adequada os objetivos) e coerência (uma abordagem comum, adequada e sistêmica, num ambiente de complexidade institucional).

O conceito de *boa governança*, nascido no âmbito de instituições financeiras internacionais, desprende-se do primado econômico, incorporando dimensões que valorizam o princípio democrático, a pluralidade da sociedade e a dignidade da pessoa humana. Após as crises financeiras do final do século XX, as próprias instituições que geraram o Consenso de Washington reconheceram a necessidade de instrumentos mais amplos que os anteriormente prescritos, como o investimento em capital humano (BEZERRA, 2019, p. 245). É, então, “erguida a ponte conceitual inter e transdisciplinar de quase todos os esquemas referenciais do direito, da economia e das finanças” (CANOTILHO, 2008b, p. 29).

Boa governança ocorre quando “o exercício do poder político para gerir os negócios da nação se caracteriza pela eficiência, pelo respeito às leis e aos direitos humanos, pela responsabilidade, pela imprensa livre, pelo pluralismo” (BEZERRA, 2019, p. 245); ou, nas palavras de Canotilho (2007, p. 17), quando atende aos “princípios de justiça, imparcialidade, boa-fé, igualdade e proporcionalidade” e ao “dever de prestar contas por parte de agentes públicos”.

A ligação entre responsividade e *boa governança* é patente. Canotilho (2010, p. 257) inclusive compreende a responsividade como “dever de os representantes políticos promoverem a governança em sintonia [...] com as aspirações dos concidadãos”. Decorre dessa imbricação entre *governança* e responsividade a exigência de orientação por consensos, a qual, no aspecto gerencial, significa estabelecer os rumos da organização com base em políticas e diretrizes que traduzam um consenso possível entre

as pessoas envolvidas: alta administração, gestores, liderados e usuários. No aspecto processual, corresponde à conciliação e à mediação.

Em síntese, o princípio da boa governança exige a concretização dos seguintes valores, parâmetros e subprincípios: juridicidade, legalidade, orientação por consensos, participação, inclusão, diversidade, igualdade, não discriminação, imparcialidade, integridade, eficiência, eficácia, responsividade, efetividade, transparência, responsabilidade e *accountability*.

6 Princípio da responsabilidade

O conceito jurídico de *responsabilidade* era deficiente no setor público até o século XIX (SALADIN, 1984, p. 14) e ganhou autonomia no Direito Constitucional somente a partir da década de 1960 (CANOTILHO, 2003, p. 554), primeiro como princípio não escrito de Direito Público (VOGEL, 1966, p. 183), mas ainda relacionado com a sua origem no Direito Privado. A partir de 1975, especialmente com os debates entre professores de Direito Público da Alemanha, despreendeu-se por completo do Direito Privado, ganhando emancipação como categoria público-constitucional (CANOTILHO, 2003, p. 554); e, como conclui Bezerra (2019, p. 76), a partir daí, ocorreu a “elevação progressiva do princípio da responsabilidade quanto a seu *status* no Estado de Direito Democrático”.

Embora tenha considerado a responsabilidade simplesmente como o reverso de controle, Scheuner (1970, p. 384) concluiu que tanto a responsabilidade quanto o controle são elementos fundamentais da ordem constitucional democrática. Por sua vez, Klement (2006, p. 193) considera que a responsabilidade é um conceito-ponte entre as diversas categorias do Direito, da Moral e da Política, cuja função mediadora diminui a vagueza inicial de seu conceito, sendo possível reputá-lo como conceito jurídico constitucional. A essa altura, “não se vê mais controvérsia neste particular, tal conclusão é de simples dedução”; contudo, “para saber se a responsabilidade é um princípio estruturante do Estado de Direito Democrático, o raciocínio é mais complexo” (BEZERRA, 2019, p. 216).

Bezerra (2019, p. 216) observa que Saladin (1984, p. 30) depreende a mesma constatação de Scheuner sobre a responsabilidade como conceito jurídico fundamental do Estado Democrático de Direito e defende a responsabilidade como princípio estruturante desse Estado. Para chegar a isso, segundo Bezerra (2019, p. 216), Saladin (1984, p. 161-162) primeiro constatou que o conceito de *responsabilidade* consistia em elemento comum aos princípios constitutivos do Estado Democrático de Direito; num segundo momento, identificou os novos paradigmas de cooperação e de complementaridade do Estado Democrático de Direito, que decorrem

do princípio da dignidade da pessoa; e, com base nesses paradigmas, fez a releitura dos princípios constitutivos desse Estado e levou a um fortalecimento da responsabilidade tanto individual quanto estatal.

Seguindo a metodologia de Saladin, Bezerra (2019, p. 259-266) reforça que o princípio da responsabilidade é, na contemporaneidade, princípio estruturante do Estado Democrático de Direito e apregoa a superveniência de dois novos paradigmas (boa governança e responsividade). Com base nesses paradigmas, procede a uma atualizada leitura dos demais princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito: (a) o princípio da separação dos Poderes é entendido como responsabilidade pelo exercício de competências; (b) o princípio da representação, como processo-responsividade; e (c) o princípio democrático, como imputação de responsabilidades.

A responsabilidade está associada à intensificação de controle do poder. Como o poder é exercido não só pelo Estado mas também por seus parceiros, a ideia de poder mais responsável tem-se generalizado no setor público e no privado (BEZERRA, 2019, p. 222). Saladin (1984) enfatiza a responsabilidade de cada cidadão; no entanto, como defende Bezerra (2019, p. 259), é igualmente cabível a intensificação da responsabilidade individual também do governante, uma vez que a responsabilidade do Estado já não é suficiente para a reparação de todas as injustiças. Com efeito, a boa *governança* e a responsividade impõem justamente o reforço da responsabilidade do governante, com vistas à realização mais precisa das demandas populares. Esse incremento da responsabilidade, não do cidadão, mas do governante, possibilita a atuação preventiva dos sistemas de responsabilidade, de modo a mitigar os efeitos das decisões adversas (BEZERRA, 2019, p. 264).

Sustenta Bezerra (2019, p. 264) que, na concepção clássica, o conceito de *responsabilidade* estava voltado apenas para o passado e para a apuração da culpabilidade; diferentemente, na condição de princípio estruturante do Estado de Direito Democrático, o princípio da responsabilidade assume três perspectivas temporais segundo Cane (2002, p. 31-32): (a) a responsabilidade pretérita corresponde à indenização pelos prejuízos advindos do ato; (b) a responsabilidade atual (no presente) busca o desfazimento do ato praticado, com efeitos imediatos, inibindo a repetição do ilícito; e (c) a responsabilidade prospectiva (para o futuro) é vocacionada tanto para a produção de bons resultados (responsabilidade produtiva) quanto para a prevenção de maus resultados (responsabilidade preventiva).

O princípio da responsabilidade na doutrina e na legislação é, por vezes, reduzido ao dever de prestação de contas. Todavia, o princípio da responsabilidade é bem mais amplo que aquele. De acordo com Bezerra (2019, p. 265), a prestação de contas assemelha-se à responsabilidade por

ser realizada por algo ou alguém, e é tomada perante uma instância; no entanto, “ao contrário da prestação de contas, que somente incide em relação de confiança entre agente e principal, a responsabilidade aplica-se a qualquer relação jurídica entre agentes públicos”. Há outros pontos distintivos: a responsabilidade tem uma dimensão ética que transcende a relação-base da prestação de contas (superior e subordinado) e assume dimensão temporal maior que a da prestação de contas (BEZERRA, 2019, p. 265).

A imputação de responsabilidades como tradução do princípio democrático compreende a regulação adequada das atribuições de órgãos e pessoas na Administração Pública, para obter maior clareza a respeito da atividade que cabe a cada um – pressuposto para a maior eficiência da apuração pelos sistemas de responsabilidade, em caso de não cumprimento – e a exigência de clareza quanto à legislação e ao procedimento.

Essa releitura do princípio democrático também aponta para um disciplinamento apropriado – quanto à interação dos diversos sistemas de responsabilidade (administrativo, civil, disciplinar, penal, improbidade administrativa, *impeachment*) –, que, segundo Bezerra (2019, p. 431), deve ser conduzido por cinco princípios: diversidade, independência quanto à instauração, compartilhamento de provas, interdependência das decisões e redundância.

No âmbito da gestão de unidades jurídicas, a interdependência e a redundância são fundamentais. Esses princípios devem ser concretizados não só com base em ações estratégicas complementares e interligadas (interdependência) mas também com previsão de medida alternativa para o caso de uma ação não ser executada devidamente (redundância). Especialmente em áreas que envolvem grandes riscos, são imprescindíveis ações com objetivos redundantes, como projetos estruturantes da organização ou projetos para inovação radical de produto ou serviço.

Também aplicáveis na gestão de pessoas, tais princípios conformam a liderança, especificamente o perfil antifrágil. *Antifrágil* é o inverso de *frágil*, é a qualidade de crescer com os riscos; não se trata de indiferença aos riscos, comumente entendida como o inverso de frágil (TALEB, 2020, p. 8). O gestor frágil espera que “as coisas sigam com exatidão o curso planejado, com um mínimo de desvio possível – pois os desvios são mais prejudiciais do que úteis” (TALEB, 2020, p. 105). O gestor antifrágil, ao contrário, adora as incertezas, tira proveito dos erros, gosta de lidar com o desconhecido. Quando se está num ambiente que experimenta ações, que cresce com os erros, é necessário que as atividades sejam complementares, conectadas e redundantes, para que se possa evoluir com o erro, com o mínimo de impacto negativo possível para a organização.

Assim, o princípio da responsabilidade exige a concretização dos seguintes valores, parâmetros e subprincípios: regulação adequada das atribuições (clareza), *accountability*, prestação de contas, redundância dos sistemas de apuração de responsabilidade, interdependência das decisões e *antifragilidade* da liderança (apetite por riscos, com tratamento adequado).

7 Considerações finais

Este estudo intentou suprir uma lacuna constatada na aplicação das teorias administrativas em organizações jurídicas: a ausência nessas doutrinas de traços específicos das secretarias judiciárias ou de escritórios de representação judicial. Dessa forma, as técnicas e modelos da Administração tornam-se inespecíficos, o que demanda uma adaptação apropriada.

Se de um lado, por serem genéricas, as doutrinas administrativistas e as normas de gestão produzidas por organizações profissionais, como a ABNT, são passíveis de aplicação em todo tipo de organizações independentemente do produto ou serviço que realizam, inclusive em ambiente público, de outro lado, os conceitos, abstratos como são, não conseguem aproximar-se adequadamente do Direito, restando muitos modelos e técnicas sem a devida tradução para uma unidade jurídica.

Demonstrou-se que a aplicação das teorias da Administração em unidade jurisdicional ou escritório jurídico (defensoria, procuradoria ou advocacia,) pode realizar-se adequadamente com a mediação destes princípios constitucionais estruturantes: boa administração, responsividade, sustentabilidade, boa governança e responsabilidade.

O princípio da boa administração impõe a concretização de preceitos jurídicos técnicos como também preceitos éticos e de conduta dos profissionais, notadamente a legalidade, a igualdade e não discriminação, a imparcialidade e integridade, a eficiência e eficácia, bem como a transparência e publicidade.

O princípio da responsividade exige que a gestão de unidades jurídicas seja direcionada para a realização das necessidades do usuário, concretizando os valores e os preceitos de participação, de *accountability*, de prestação de contas, de efetividade, eficiência e eficácia, de orientação pela experiência do usuário e de melhoria contínua e inovação.

O princípio da sustentabilidade, em suas três dimensões (ambiental, social e econômica), exige que a gestão da unidade concretize os valores e princípios da economicidade, do equilíbrio, da transparência, da sinceridade, da precaução e da inovação.

O princípio da boa governança conecta a alta administração aos setores de gestão da unidade e demanda a realização dos seguintes parâmetros e valores: juridicidade e legalidade, orientação por consensos, participação, inclusão, diversidade, igualdade, não discriminação, imparcialidade, integridade, eficiência, eficácia, responsividade, efetividade, transparência, responsabilidade e *accountability*.

O princípio da responsabilidade impõe a materialização da regulação adequada das atribuições (clareza), da *accountability*, da prestação de contas, da redundância das ações, da interdependência das decisões, e da antifragilidade da liderança (apetite por riscos, com tratamento adequado).

Esses princípios constitucionais são mediadores apropriados entre os conhecimentos da Administração e as peculiaridades da área jurídica pública, como vara judicial, gabinete de desembargador, ofício de defesa ou procuradoria, mas também as unidades jurídicas consistentes em escritório advocatício, seja porque alguns desses princípios tiveram por base institutos privados perfeitamente adequados ao ambiente profissional advocatício, seja porque o advogado exerce função essencial à Justiça, de modo que os princípios mediadores devem, com poucas granulações, ser atendidos.

Sobre o autor

Fabio Luiz de Oliveira Bezerra é doutor em Direito pela Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; mestre em Administração pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, PE, Brasil; bacharel em Direito pela UFPE, Recife, PE, Brasil; professor adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil; juiz federal, Natal, RN, Brasil.

E-mail: fabio.bezerra@ufrn.br

Como citar este artigo

(ABNT)

BEZERRA, Fabio Luiz de Oliveira. Princípios constitucionais estruturantes da implantação de modelos de gestão inovadora em unidades jurídicas. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 60, n. 239, p. 137-158, jul./set. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/239/ril_v60_n239_p137

(APA)

Bezerra, F. L. de O. (2023). Princípios constitucionais estruturantes da implantação de modelos de gestão inovadora em unidades jurídicas. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 60(239), 137-158. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/239/ril_v60_n239_p137

Referências

- ABNT. *NBR ISO 9001: sistemas de gestão da qualidade – requisitos*. Rio de Janeiro: ABNT, 2000.
- BEZERRA, Fabio Luiz de Oliveira. *Princípio da responsabilidade: conexões entre responsabilidade política, criminal, impeachment e improbidade administrativa*. Curitiba: Juruá, 2019.
- _____. Responsabilidade dos governantes pela gestão econômico-financeira. *Revista Internacional Consinter de Direito*, Porto, ano 8, n. 15, p. 345-366, jul./dez. 2022. DOI: <https://doi.org/10.19135/revista.consinter.00015.17>. Disponível em: <https://revistaconsinter.com/index.php/ojs/article/view/17>. Acesso em: 24 maio 2023.
- _____. Responsabilidade, sustentabilidade e gestão econômico-financeira. *Revista CNJ*, Brasília, DF, v. 4, n. 1, p. 94-105, jan./jun. 2020. DOI: <https://doi.org/10.54829/revistacnj.v4i1.70>. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ojs/revista-cnj/article/view/70>. Acesso em: 24 maio 2023.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 maio 2023.
- CAMPOS, Luciana Ribeiro. *Direito orçamentário em busca da sustentabilidade: do planejamento à execução orçamentária*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2015.
- CANE, Peter. *Responsibility in law and morality*. Oxford, UK: Hart Publishing, 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *“Branco” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008a.
- _____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. Entre os humores de Hipócrates e a *governance* da saúde. In: _____. *Admirar os outros*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 251-258.
- _____. Julgar e decidir: as invisíveis manhas da decisão nos “tribunais acadêmicos”. *Julgar*, Lisboa, n. 1, p. 13-18, 2007. Disponível em: <http://julgar.pt/julgar-e-decidir-as-invisiveis-manhas-da-decisao-nos-tribunais-academicos/>. Acesso em: 24 maio 2023.
- _____. Tribunal de Contas como instância dinamizadora do princípio republicano. *Revista do Tribunal de Contas*, Lisboa, n. 49, p. 23-39, jan./jun. 2008b. Disponível em: https://revista.tcontas.pt/edicoes/rtc_49/revista-tc-49.pdf. Acesso em: 24 maio 2023.
- CANS, Chantal. O princípio da conciliação: rumo a um controlo da “sustentabilidade”? *RevCEDOUA: Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, Coimbra, ano 11, n. 21, p. 39-57, 2008.
- DAHL, Robert A. *A preface to democratic theory*. Chicago: University of Chicago Press, 1956. (Charles R. Walgreen Foundation Lectures).
- DOLZER, Rudolf. *Good governance: Neues transnationale Leitbild der Staatlichkeit? Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht: ZaöRV*, [s. l.], v. 64, p. 535-546, 2004. Disponível em: https://www.zaoerv.de/64_2004/64_2004_3_a_535_546.pdf. Acesso em: 24 maio 2023.
- ESPAÑA. [Constitución (1978)]. *Constitución Española*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, [2011]. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>. Acesso em: 24 maio 2023.
- FISICHELLA, Domenico. *La rappresentanza politica*. Roma: Laterza, 1996. (Universale Laterza, 767).
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa na Constituição Federal. *Revista de Direito Constitucional e Internacional: RDCI*, São Paulo, v. 9, n. 35, p. 182-194, abr./jun. 2001.

FRANCE. *Loi Constitutionnelle n° 2005-205 du 1 mars 2005*. Relative à la Charte de l'environnement. Paris: Légifrance, 2005. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT00000790249/>. Acesso em: 24 maio 2023.

GONÇALVES, Pedro Costa. Ensaio sobre a boa governança da administração pública a partir do mote da *new public governance*. *Revista de Direito Público da Economia*: RDPE, Belo Horizonte, v. 11, n. 42, p. 141-169, abr./jun. 2013.

HÄBERLE, Peter. Nachhaltigkeit und Gemeineuropäisches Verfassungsrecht: eine Textstufenanalyse. In: KAHL, Wolfgang (hrsg.). *Nachhaltigkeit als Verbundbegriff*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. p. 180-203. (Recht der nachhaltigen Entwicklung, 2).

HADDAD, Carlos Henrique Borlido; PEDROSA, Luís Antônio Capanema. *Manual de administração judicial: enfoque conceitual*. Florianópolis: Tribo da Ilha, 2017. v. 1. *E-book*.

HOOD, Christopher. A public management for all seasons? *Public Administration*, [s. l.], v. 69, n. 1, p. 3-19, Mar. 1991. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1467-9299.1991.tb00779.x>.

KAHL, Wolfgang (hrsg.). *Nachhaltigkeit als Verbundbegriff*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. (Recht der nachhaltigen Entwicklung, 2).

KAUFMANN, Daniel. *Rethinking governance: empirical lessons challenge orthodoxy*. [S. l.: s. n.], 2003. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=386904. Acesso em: 24 maio 2023.

KEARNS, Kevin P. *Managing for accountability: preserving the public trust in public and nonprofit organizations*. San Francisco: Jossey-Bass Publishers, 1996.

KLEMENT, Jan Henrik. *Verantwortung: Funktion und Legitimation eines Begriffs im öffentlichen Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006. (Grundlagen der Rechtswissenschaft, 8).

LEWIS, Norman. The Citizen's Charter and next steps: a new way of governing? *The Political Quarterly*, Oxford, UK, v. 64, n. 3, p. 316-326, July 1993. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1467-923X.1993.tb00348.x>.

LOUREIRO, João Carlos. Autonomia do direito, futuro e responsabilidade intergeracional: para uma teoria do Fernrecht e da Fernverfassung em diálogo com Castanheira Neves. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 86, p. 15-47, 2010.

MACIEIRA, Maria Elisa; MARANHÃO, Mauriti. *Como implementar a gestão em unidades judiciárias*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2010. *E-book*.

NEVADO-BATALLA MORENO, Pedro T. Ciudadanos y administración: el derecho al buen gobierno: reflexiones desde una perspectiva administrativa. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 9, n. 44, p. 229-239, jul./ago. 2007.

NOLAN, Lord. *Normas de conduta para a vida pública*. Tradução de Isabel Taveira et al. Brasília, DF: ENAP, 1997. (Cadernos ENAP, 12). Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/575>. Acesso em: 24 maio 2023.

OCDE. Transparence budgétaire: les meilleures pratiques de l'OCDE. Note de la rédaction. *Revue de l'OCDE sur la Gestion Budgétaire*, Paris, v. 1, n. 3, p. 7-15, May 2002. DOI: <https://doi.org/10.1787/16843525>. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/governance/transparence-budgetaire-les-meilleures-pratiques-de-l-ocde_budget-v1-art14-fr. Acesso em: 24 maio 2023.

PITKIN, Hanna Fenichel. *The concept of representation*. Berkeley: University of California Press, 1967.

PORTUGAL. [Constituição (1976)]. *Constituição da República Portuguesa*. Lisboa: Diário da República Eletrônico, [2005]. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775>. Acesso em: 24 maio 2023.

RHODES, R. A. W. *Understanding governance: policy networks, governance, reflexivity, and accountability*. Buckingham, UK: Open University Press, 1997. (Public Policy and Management).

SALADIN, Peter. *Verantwortung als Staatsprinzip: ein neuer Schlüssel zur Lehre vom modernen Rechtsstaat*. Bern: Haupt, 1984.

SCHEUNER, Ulrich. Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen Verfassungsordnung. In: RITTERSPACH, Theo; GEIGER, Willi (hrsg.). *Festschrift für Gebhard Müller: Zum 70. Geburtstag des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1970. p. 379-402.

TALEB, Nassim Nicholas. *Antifragil: coisas que se beneficiam com o caos*. Tradução de Renato Marques. São Paulo: Objetiva, 2020.

TERRA, José Cláudio (org.). *10 dimensões da gestão da inovação: uma abordagem para a transformação organizacional*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2018. E-book.

UNIÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, [s. l.], n. 364, 18 dez. 2000. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 24 maio 2023.

_____. Comissão das Comunidades Europeias. *Governança e desenvolvimento: comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu*. Bruxelas: Comissão das Comunidades Europeias, 2003. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52003DC0615&from=PT>. Acesso em: 24 maio 2023.

UNITED NATIONS. Agenda 21. In: CONFERENCE ON ENVIRONMENT & DEVELOPMENT. Rio de Janeiro: United Nations, 1992. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/Agenda21.pdf>. Acesso em: 24 maio 2023.

_____. Economic and Social Commission for Asia and the Pacific. *What is good governance?* Bangkok: UNESCAP, [2009]. Disponível em: <https://www.unescap.org/sites/default/files/good-governance.pdf>. Acesso em: 24 maio 2023.

_____. General Assembly. *Our common future: report of the World Commission on Environment and Development*. [New York]: United Nations, 1987. Disponível em: <https://www.are.admin.ch/are/en/home/media/publications/sustainable-development/brundtland-report.html>. Acesso em: 24 maio 2023.

_____. General Assembly. *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*. A/RES/70/1. [New York]: United Nations, 2015. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/291/89/PDF/N1529189.pdf?OpenElement>. Acesso em: 24 maio 2023.

_____. Rio+20. In: CONFERENCE ON SUSTAINABLE DEVELOPMENT. Rio de Janeiro: United Nations, 2012. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/rio20>. Acesso em: 24 maio 2023.

URBANO, Maria Benedita. *Representação política e parlamento: contributo para uma teoria político-constitucional dos principais mecanismos de protecção do mandato parlamentar*. Coimbra: Almedina, 2009. (Teses).

VOGEL, Klaus. Zur Verantwortlichkeit leitender Organwalter: über einen ungeschriebenen Rechtsgedanken des öffentlichen Rechts. In: IPSEN, Hans Peter (hrsg.). *Hamburger Festschrift für Friedrich Schack zu seinem 80. Geburtstag am 1. Oktober 1966*. Berlin: Metzner in Komm, 1966.

WOODHOUSE, Diana. *In pursuit of good administration: ministers, civil servants and judges*. Oxford, UK: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1997.

Constitucionalismo de exceção, pós-democracia e o julgamento da reforma laboral pela Corte constitucional portuguesa

LUANA PAIXÃO DANTAS DO ROSÁRIO

Resumo: Este artigo analisa o Acórdão nº 602/2013 do Tribunal Constitucional português, com o objetivo de averiguar se o Judiciário ecoou o discurso da crise econômico-financeira, ratificando medidas excepcionais de austeridade que promovem o Constitucionalismo de Exceção. O corte é em matéria laboral, e a orientação científica epistemológica do trabalho é a Ecologia dos Saberes. O trabalho conjuga recursos da Análise do Discurso de linha francesa a aportes da Filosofia da Linguagem de Bakhtin e contribuições da Sociologia do Direito e da Sociologia das Ausências. Nossa hipótese de pesquisa é que o Acórdão, permeado pelo discurso da austeridade, desprezava direitos laborais e expressa o constitucionalismo de exceção. Em razão das diversas marcas discursivas encontradas, confirma-se a hipótese e conclui-se pela degradação dos direitos laborais e de seus titulares como sintomas de um cenário de exceção e pós-democracia gestados pelo neoliberalismo. São utilizadas as técnicas de pesquisa documental e bibliográfica.

Palavras-chave: exceção; pós-democracia; Constitucionalismo de Exceção.

Exceptional constitutionalism, post-democracy and the judgment of the labor reform by the Portuguese Constitutional Court

Abstract: This paper analyzes the Judgment of the Portuguese Constitutional Court number 602/2013, with the objective of verifying if the Judiciary echoed the discourse of the economic-financial crisis, ratifying exceptional austerity measures that promote the Constitutionalism of Exception. The focus is on labor matters and the epistemological scientific orientation of the work is the Ecology of Knowledge. It combines resources from French

Recebido em 1/2/23
Aprovado em 25/7/23

Discourse Analysis, Bakhtin's Philosophy of Language and contributions from the Sociology of Law and the Sociology of Absences. Our research hypothesis is that such a judicial decision, permeated by the austerity discourse, produces the non-existence of labor rights and constitutes an Exceptional Constitutionalism. Due to the different discursive marks found, the hypothesis of the use of the austerity discourse and the practice of exceptional Constitutionalism is confirmed. It concludes by the degradation of labor rights and their holders as symptoms of a scenario of exception and post-democracy managed by neoliberalism. Documentary and bibliographical research techniques are used.

Keywords: exception; post-democracy; Constitutionalism of Exception.

1 Introdução

Este trabalho é um dos resultados da pesquisa realizada no âmbito do pós-doutoramento no Centro de Estudos Sociais (CES) da Universidade de Coimbra, acerca da judicialização da austeridade e do discurso da crise econômico-financeira no Brasil e em Portugal. Nessa perspectiva, o trabalho analisará o Acórdão do Tribunal Constitucional português (TC) nº 602/2013, que sedimentou a reforma laboral portuguesa. Nosso objetivo é averiguar se a Corte constitucional, no âmbito dessa decisão, ecoou o discurso da crise e ratificou as medidas excepcionais de austeridade promovendo o Constitucionalismo de Exceção.

A orientação científica epistemológica do trabalho é a Ecologia dos Saberes, e conjugará recursos da Análise do Discurso de linha francesa, da Filosofia da Linguagem bakhtiniana às contribuições da Sociologia do Direito e da Sociologia das Ausências. Em nosso entender, essas tradições teóricas complementam-se numa análise plural do fenômeno em estudo. Serão empregadas as técnicas de pesquisa documental e bibliográfica.

Refletir-se-á sobre a ideológica disputa discursiva, que comunica mas silencia seletivamente e aproxima-se da lógica da não existência, típica da colonialidade, rastreável pela Sociologia das Ausências. Busca-se identificar ausências socialmente construídas, localizar o que foi produzido como inexistente. Sob essa óptica, a hipótese da investigação é que a decisão do Acórdão em análise, permeada pelo discurso da austeridade, desconsidera direitos laborais e constitui-se em Constitucionalismo de Exceção.

Analisar o discurso do Acórdão nº 602/2013 é primordial na medida em que o TC pode transformar ou manter estruturas de dominação numa

sociedade de classes, pois é instituição central na disputa de sentidos hegemônicos com seu poder decisório e normativo.

Discursos significam com base em um sistema ideológico dominante, no qual o sujeito se constitui e é constituído; são representações das relações conflituosas estabelecidas entre os agentes sociais. A Análise do Discurso compreende os discursos como construção social e busca as marcas e evidências do lugar ideológico deixadas pelo enunciador, considerando suas condições de produção. É necessário analisar o discurso para fazer emergirem “formações discursivas” (ORLANDI, 2009, p. 43), compreendidas como formações ideológicas numa dada conjuntura.

O discurso é perpassado de dizeres alheios que, dissolvidos no discurso do enunciador, deixam suas marcas. Analisar um discurso é inquirir o sujeito histórico interpelado pela ideologia (BAKHTIN, 2009). Nesse caso, significa inquirir a Corte Suprema como o agente social (GOFFMAN, 1993) final na definição de sentido. Assim, analisar o discurso daquele Acórdão é buscar seu substrato ideológico, sua formação discursiva, seus silenciamentos (ORLANDI, 2007) e interditos (FOUCAULT, 2009) – sondar as relações de poder autorrepresentadas.

A primeira seção estabelecerá o marco teórico da austeridade, do Constitucionalismo de Exceção e da normatividade de exceção em Portugal, com recorte em matéria trabalhista. A segunda analisará o discurso do Acórdão nº 602/2013. A terceira desvelará o discurso da crise na judicialização da austeridade e sua ausência de legitimidade democrática no cenário de exceção e pós-democracia gestados pelo neoliberalismo. Na quarta seção serão tecidas as considerações finais.

2 Austeridade, normatividade e Constitucionalismo de Exceção

O discurso da austeridade intensificou-se em Portugal após a crise econômico-financeira de 2008, que levou o país a pedir ajuda externa à *troika*, ou seja, Fundo Monetário Internacional (FMI), Banco Central Europeu (BCE) e Comissão Europeia. Disso resultaram normas veiculadoras da austeridade, memorandos de entendimento, acordos de concertação social e legislação correlata.

A normatividade de exceção decorrente do discurso da crise reforça a lógica do sacrifício, da urgência e do fatalismo. Ferreira (2011, p. 119) define austeridade como “o processo de implementação de políticas e de medidas económicas que conduzem à disciplina, ao rigor e à contenção económica, social e cultural”. Para o autor, as medidas de austeridade e a normatividade de exceção são manifestações de um neoliberalismo que

se muscular e se imiscui no domínio fático da vida e acarreta a financeirização de suas esferas.

Segundo o relatório *A anatomia da crise: identificar os problemas para construir as alternativas* (REIS, 2013), a fase da austeridade em Portugal tem início em março de 2010, com o Programa de Estabilidade e Crescimento, o PEC I, sucedido pelos PEC II e III e pelo Memorando de Entendimento celebrado com o FMI e a União Europeia em maio de 2011, após o pedido de ajuda externa à *troika*. Em resumo, os diversos PECs versavam sobre o controle do déficit e da dívida pública, para o qual se lançou mão, entre outras medidas, da redução dos encargos salariais da Administração Pública, dos sistemas públicos de pensões, das prestações sociais e do congelamento temporário de investimento público.

O relatório citado descortina que a origem da crise é anterior ao estopim representado pela crise imobiliária do mercado estadunidense de 2008 e remete-a a uma política da integração europeia assimétrica no plano comunitário, com gravíssimas consequências para os países periféricos da zona do euro, como Portugal. Em suma, a expansão do capital do sistema financeiro e o crédito abundante, a busca do equilíbrio da balança comercial pelo aumento da exportação vinculada, a perda de rendimentos para o exterior (num contexto em que os maiores investimentos são apenas financeiros, desligados da produção), a desindustrialização e a destruição do emprego, entre outros fatores – tudo contribui para que a irrupção das crises seja intrínseca ao funcionamento desse modelo econômico-financeiro.

Para Reis (2013), a imposição da política da austeridade como solução única camufla a compreensão profunda da crise e oculta a existência de possibilidades diversas de se lidar com ela. Fora da abordagem *austeritária*, seria possível agir sobre o sistema financeiro e adotar outras intervenções. Para o autor, o enfrentamento via austeridade, que escolheu considerar os mercados como determinante essencial da vida coletiva, é desastroso.

Segundo Reis (2013), o modelo *austeritário* reduz a riqueza criada na economia, gera recessão, diminui o PIB e o emprego, além de bloquear as relações entre salários, empregos e investimentos. Ademais, o aumento da receita fiscal ocorre para a remuneração dos ativos financeiros de credores, especialmente externos, e não para a justiça social. Para o autor, a abordagem *austeritária* atenta contra a histórica institucionalidade de bem-estar. Há uma transferência de riqueza do trabalho para o capital, a introdução de uma nova lógica no Direito laboral reveladora de que “está em curso um processo de fragmentação do trabalho, cheio de riscos para a coesão social” (REIS, 2013, p. 8).

Conforme Hespanha (2012, p. 15), o neoliberalismo caracteriza-se por propor uma desregulação muito mais radical que o liberalismo clássico em

nível tanto de Estado quanto de autorregulação. Desse modo, opera livre dos “constrangimentos exigidos pelo interesse público”. Num mercado volátil, cujos objetivos são as vantagens de curto prazo, maximizam-se as vantagens dos agentes econômico-financeiros, que se exoneram das responsabilidades para com os outros (HESPANHA, 2012, p. 15).

André, Violante e Gameiro (2019) destacam que à crise econômico-financeira de 2008 associam-se, por um lado, as crises da representação política e das democracias ocidentais e, por outro, o fortalecimento de movimentos populistas e autoritários pelo mundo, que expõem a estrutura desigualitária subjacente ao modelo neoliberal de sociedade. Ferreira (2019b) reflete que a serviço dessa estrutura desigualitária estão as medidas de austeridade e a normatividade de exceção, seguindo uma lógica de instrumentalidade excepcional que corrói a legitimidade da política e do próprio Direito. Para o autor, ao apelar para as categorias do sacrifício e do medo, o discurso da crise substitui a legitimação democrática usual por um sistema de medidas técnicas que *financeirizam* o mundo da vida, potencializam a insegurança e promovem a fragilização ontológica dos direitos na sociedade. Assim, por conta do antagonismo entre as exigências do mercado e da democracia, a instabilidade é convertida em regra, e a exceção é normalizada – complementa o autor.

Destaca Valim (2017) que o neoliberalismo transforma a democracia liberal numa retórica vazia e, nesse antagonismo entre a ordem democrática e o neoliberalismo, irrompem os estados de exceção. Na semântica de Galli (2013), irrompe o mal-estar da democracia contemporânea. Santos, L. (2007) enuncia que o mercado precisa de um Estado fraco como instância de decisão e formulação de política, mas forte como dispositivo de controle social, o que torna o estado de exceção uma exigência do atual modelo de dominação neoliberal. Nas palavras de Casara (2017), no Estado pós-democrático, a democracia perde conteúdo substancial e vinculante, tornando-se um simulacro, um elemento discursivo apaziguador, no qual se perde a separação cunhada na modernidade entre Política e Economia em prol de um absolutismo do mercado.

Agamben (2004, p. 27) salienta que a exceção assume ainda maior relevo diante da constatação do seu significado biopolítico como estrutura original do Direito. “O significado imediatamente biopolítico do estado de exceção como estrutura original em que o direito inclui em si o vivente por meio de sua própria suspensão aparece claramente” (AGAMBEN, 2004, p. 14). A exceção funciona, portanto, para suspender a incidência da norma, sobretudo sobre corpos biopoliticamente clivados. Ou, no dizer de Santos (2018), dos degradados ontologicamente.

Ferreira (2019b) declara que as medidas legislativas de exceção constitutivas da austeridade conflitam com os direitos fundamentais

estabelecidos numa tradição democrática atrelada às noções de igualdade material, de bem-estar e de justiça social. A justificativa retórica do sacrifício assenta-se numa falsa igualdade por meio da qual os mais desiguais são os mais sacrificados e no uso de uma justificativa utilitarista que não se sustenta. Primeiro, porque oculta a seletividade na escolha daqueles sobre os quais recairá o sacrifício; segundo, porque se vale de um discurso fatalista que oculta outros entendimentos acerca da *incontornabilidade* das medidas de exceção. Dessa maneira, apelando para a fatalidade e para a excepcionalidade, o Direito de Exceção consegue prescindir dos valores jurídicos da previsibilidade, segurança, confiança, justiça, liquidificando os obstáculos colocados pelo Direito até então vigente e subordinando-os aos cálculos de utilidade neoliberais. Conforme Hespanha (2012), o hegemônico discurso econômico insiste no argumento falacioso da solução única, que visa dar à política a inevitabilidade da natureza, que não precisa ponderar interesses adversos entre si, mas apenas calcular o custo e benefício do único interesse relevante.

Para Casara (2017), essa é a marca de um cenário de pós-democracia; por sua vez, Ferreira (2019a) identifica esse estado de coisas como Constitucionalismo de Exceção, e Medeiros (2014) alude à erosão do constitucionalismo. Casara (2017) complementa: mais do que um estado de necessidade constitucional determinado pela conjuntura, trata-se de verdadeira manifestação de um fenômeno estrutural que questiona sobre como controlar e orientar a economia e impõe o desafio da recuperação transacional da política.

2.1 Portugal: a normatividade de exceção em matéria laboral

As maiores mudanças legislativas derivaram dos memorandos da *troika* – Comissão Europeia, BCE e FMI –, impostos como condição para empréstimos financeiros. Dos memorandos decorrem os acordos de concertação social. Segundo Reis (2016), em matéria laboral devem-se mencionar dois acordos: o Acordo Tripartido para a Competitividade e Emprego, de 22/3/2011, e o Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego, de 18/1/2012. Quanto aos trabalhadores da iniciativa privada, o autor elucida que as mudanças foram no sentido de maior tolerância com o despedimento, redução do montante de compensação, aumento do tempo de trabalho e fragilização das convenções coletivas, ou seja, da transferência intencional de rendimentos do trabalho para o capital.

A Lei nº 23/2012 (PORTUGAL, [2019]) impactou a regulamentação do banco de horas individual e grupal (o acordo entre a entidade patronal e o trabalhador para a estipulação do banco de horas passou a poder ser feito sem a aceitação expressa do trabalhador, bastando que ele não

se opusesse por escrito a uma proposta da entidade patronal, valendo o seu silêncio como aceitação); extinguiu o descanso compensatório por trabalho prestado em dia útil, em dia de descanso semanal complementar e em dia de feriado; reduziu a compensação por despedimento (houve diminuição significativa da base de cálculo, bem como a fixação de um limite máximo em relação ao montante global da compensação devida); eliminou quatro feriados obrigatórios e o mecanismo de majoração das férias por assiduidade; alterou os requisitos de despedimento por extinção do posto de trabalho e por inadaptação do trabalhador.

Na regulação do despedimento por extinção de posto de trabalho, a Lei nº 23/2012 atribuiu à entidade patronal a faculdade de definir, ela própria, os critérios relevantes subjacentes à extinção do posto de trabalho. Quanto ao despedimento por inadaptação, passou a ser prevista tal possibilidade ainda que não tenha havido modificações no posto de trabalho. O legislador de 2012 ampliou a figura da inadaptação às situações em que ocorra uma modificação substancial e definitiva da prestação realizada pelo trabalhador. Conforme Reis (2016), no campo do Direito coletivo, pela primeira vez permitiu-se a adesão individual de um trabalhador a uma convenção coletiva, além de mudanças nas relações entre fontes de regulação que estabelecem a nulidade, redução ou suspensão de disposições de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho.

Sob o argumento de “dar lastro à retoma do crescimento económico, ao fomento da produtividade e ao incremento da competitividade, promovendo uma sustentada criação de emprego, a competitividade empresarial e, bem assim, a inclusão social” (PORTUGAL, 2014), constante da exposição de motivos da proposta de lei, as mudanças criam condições mais favoráveis ao empregador e fragilizam as garantias do empregado, subvertendo a finalidade precípua do Direito laboral, razão pela qual foram objeto de judicialização pela via do controle de constitucionalidade.

As medidas de austeridade demonstram que as oportunidades para a dignificação do trabalho parecem relegadas a segundo plano (LEITE; COSTA; SILVA; ALMEIDA, 2014), o que se torna mais grave quando se leva em consideração que não foi debatido e aprovado no parlamento português o Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades da Política Económica (MECPE) 1, subscrito pelo governo português e por credores internacionais.

Nesse contexto, para Ferreira (2019a), impõe-se um desafio à jurisdição constitucional, à qual inevitavelmente serão levadas as normas de exceção definidoras da austeridade, numa disputa acerca de sua constitucionalidade. Desse modo, a interpretação feita pelos Tribunais constitucionais será uma permanente interpelação à esfera do político, envolvendo disputas quanto ao seu sentido e a seu projeto teórico e ideológico: “o Tribunal

Constitucional aparece, de facto, como o lugar institucional em que o confronto entre o constitucionalismo da exceção e o constitucionalismo do Estado de Direito atinge a máxima densidade argumentativa” (FERREIRA, 2019a, p. 288).

Após a análise do discurso da legislação excepcional *austeritária*, concordamos com as observações de Canotilho (2016, p. 55) sobre o papel do TC em defesa dos direitos fundamentais: “Al contrario de lo que los críticos hacen ver, el Tribunal portugués demostró, así, un notable grado de auto-contención en su apreciación de las medidas de austeridad, estando su actuación muy lejos de cualquier tipo de activismo judicial”.

Na próxima seção, demonstraremos como essa autocontenção se manifesta no julgamento do Acórdão Constitucional nº 602/2013.

3 O julgamento do Acórdão Constitucional nº 602/2013

Os membros do Poder Judiciário, em especial do TC, são atores sociais de grande relevo no Estado Democrático de Direito. Segundo Goffman (1993), atores sociais assumem um papel social consoante uma fachada já estabelecida e empregam em sua representação, de forma intencional ou inconsciente, um equipamento expressivo padronizado na presença de outros observadores sobre os quais sua presença tem influência. Os membros da Corte constitucional têm a função máxima do controle e da definição de direitos, conformando a situação do espaço público. No âmbito da austeridade, o TC foi instado a pronunciar-se sobre a constitucionalidade das reformas realizadas pela Lei nº 23/2012.

Os requerentes consideraram que, ao atribuir aos trabalhadores um conjunto de direitos fundamentais, a Constituição da República portuguesa não permite que “a extensão e o alcance do seu conteúdo” possam ser diminuídos por lei ordinária e que “os princípios fundamentais do direito do trabalho consignados na Constituição ‘acolhem um conceito de direito do trabalho como direito de compensação e proteção do trabalhador enquanto contraente mais fraco na relação de trabalho [...]’” (PORTUGAL, 2013, p. 6.242). Segundo os requerentes, as alterações legislativas perpetradas pela Lei nº 23/2012 “têm fragilizado a proteção do trabalhador, atacando os seus direitos e desequilibrando, ainda mais, as relações do trabalho”, e têm desvirtuado a matriz constitucional do Direito do Trabalho:

Aliás, essas alterações legislativas “não cumprem os desígnios constitucionais, infringindo vários dos seus princípios e normas, designadamente, entre outros, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio do

direito ao trabalho e à estabilidade no trabalho, o princípio da conciliação da vida profissional com a vida familiar, o princípio da liberdade sindical, o princípio da autonomia [...]” (PORTUGAL, 2013, p. 6.242).

No entanto, percebe-se que o TC validou a maior parte das reformas legislativas *austeritárias*. O discurso das decisões judiciais é extremamente importante num cenário de Estado Democrático de Direito em que as políticas públicas são ratificadas ou rechaçadas pelo controle judicial. Interpretativo por excelência, o Direito, tem natureza discursiva. Com Foucault (2009) aprendemos que, para disciplinar condutas no exercício do poder do Estado, o Direito será central na disputa pelos significados. Aliás, o homem não pode compreender o mundo fora da linguagem, e a própria democracia é um lócus discursivo em que habitam valores em disputa. Na perspectiva da Filosofia da Linguagem de Bakhtin (2009), aqui adotada, o próprio ser humano constitui-se e é constituído nas interações sociais da linguagem. Numa compreensão luhmaniana, que será explicada adiante, os subsistemas sociais, entre os quais o Direito, a Economia e a Política, constituem-se por meio de trocas comunicativas (LUHMANN, 1983).

Nessa perspectiva, lançaremos mão de recursos da Análise do Discurso de linha francesa, “definida, inicialmente, como o ‘estudo linguístico das condições de produção de um enunciado’” (BRANDÃO, 2004) para buscar as marcas e vestígios deixados pelo enunciador na decisão judicial, considerando suas condições ideológicas¹ de produção. Essa análise evidenciará a assunção, pelo Direito, dos códigos semióticos da Economia.

Para proceder à análise do discurso da decisão judicial, transcreveremos trechos buscando evidenciar que o discurso argumentativo da Corte Suprema é menos sensível à finalidade protecionista do Direito do Trabalho que aos compromissos assumidos perante a *troika*, ao fomento da economia, à competitividade das empresas. De início, nota-se isso na transcrição da “Razão de ser e condicionantes” da Lei nº 23/2012, de 25 de junho², no Acórdão nº 602/2013, quando se assume que a Lei se destina

a dar resposta às exigências em matéria de legislação laboral decorrentes dos compromissos assumidos no quadro do Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica, de 17 de maio de 2011, tendo em vista o fomento da economia, via aumento da produtividade

¹ Compreendida a ideologia como um sistema semiótico de representação e de relações simbólicas que propicia o acesso à realidade, situada no nível material da luta de classes.

² “Na [perspectiva] do seu proponente, a reforma daquele Código revelava-se ‘primordial para proporcionar aos trabalhadores, principais destinatários da legislação laboral, um mercado de trabalho com mais e diversificadas oportunidades. Concomitantemente, pretende-se possibilitar um maior dinamismo às empresas, permitindo-lhes enfrentar de forma eficaz os novos desafios económicos com que as mesmas se deparam’ (cfr. o nº 2 da Exposição de Motivos)” (PORTUGAL, 2013, p. 6.250).

e da competitividade das empresas, a criação de emprego e o combate à segmentação do mercado de trabalho (PORTUGAL, 2013, p. 6.250).

Nota-se na transcrição que o órgão julgador apropria-se de termos como *flexibilização e redução de custos*:

As medidas concretamente aprovadas foram, sobretudo, de *flexibilização* em vista da contenção salarial, de *redução de custos* associados à prestação de trabalho fora do período normal (diminuição das contrapartidas e flexibilização dos tempos de trabalho, para além da redução do número de feriados obrigatórios e da eliminação da possibilidade de majorar o período anual de férias em razão da assiduidade), de adequação dos regimes de suspensão ou redução da laboração às vicissitudes do ciclo económico e do próprio ciclo produtivo da empresa, de modificação dos pressupostos do despedimento por motivos objetivos (despedimento por extinção do posto de trabalho e despedimento por inadaptação) em linha com as exigências do Memorando de Entendimento e de diminuição das compensações devidas aos trabalhadores despedidos (PORTUGAL, 2013, p. 6.250-6.251, grifos nossos).

O interlocutor verbaliza o seu discurso por meio da reprodução do discurso de outrem, expediente conhecido pela Análise do Discurso. Ao transcrever reiteradamente, num discurso decisório, a exposição de motivos do legislador – cujas opções majoritariamente validará –, o julgador toma para si o discurso legislativo, que, por sua vez, é o discurso da *troika*. Não somente, mas o julgador demonstra estar consciente do conflito entre direitos dos trabalhadores e medidas de austeridade, e vai tecendo a sua posição discursiva no conflito:

Segundo o legislador, a Lei nº 23/2012, de 25 de junho, visou acentuar o reconhecimento normativo da necessidade de uma conciliação prática e otimizada entre os direitos dos trabalhadores emergentes do contrato de trabalho e a liberdade de empresa: as alterações ao Código do Trabalho introduzidas pela Lei em análise são enformadas pela ideia de que num quadro de atuação concorrencial e tendencialmente global, a maximização da satisfação dos primeiros não pode ser prosseguida de forma sustentada sem garantir ao empregador a possibilidade de uma *gestão empresarial eficaz* (PORTUGAL, 2013, p. 6.251, grifo nosso).

No tópico *II-Fundamentação*, referente à constitucionalidade da Lei nº 23/2012, o órgão julgador faz reiteradas alusões ao Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica como parâmetro para moldar as reformas no Direito do Trabalho tendo como objetivo a competitividade das empresas. Conforme depreendemos de Bakhtin (2009), a enunciação é sempre constituída pelo e para outro; é perpassada por dizeres alheios. O discurso do Outro é constitutivo ainda

que o enunciador tente apagá-lo. Aqui, conforme veremos, é constitutivo do discurso do Outro, proveniente da Economia.

No tópico C.1, *As questões de constitucionalidade referentes aos bancos de horas individual e grupal* (PORTUGAL, 2013, p. 6.251), a Lei nº 23/2012 (PORTUGAL, [2019]) instaurou a possibilidade de banco de horas individual, mediante acordo *ad hoc* (ou estabelecido no próprio contrato de trabalho) entre empregador e trabalhador (208^a-A), presumindo-se a aceitação do trabalhador que não se oponha, por escrito, nos 14 dias seguintes ao conhecimento da proposta do empregador. A mesma lei instituiu também o banco de horas grupal (208^a-B), a qual permite que ele seja

imposto, por decisão unilateral do empregador, a trabalhadores que nele não consentiram, por via da extensão do banco de horas previsto em IRCT abrangendo 60% dos trabalhadores de uma equipa, secção ou unidade económica, mesmo quando o trabalhador não seja sindicalizado, ou, sendo sindicalizado, quando o respetivo sindicato não subscreveu aquele IRCT (n^o 1); ou por via da extensão dos acordos individuais celebrados com 75% dos outros trabalhadores da mesma equipa, secção ou unidade económica, ainda que o trabalhador em causa o tenha expressamente recusado (PORTUGAL, 2013, p. 6.253).

A presunção de aceitabilidade da proposta do empregador atenta contra a finalidade precípua do Direito laboral, a de proteger a parte mais vulnerável na relação de trabalho; por sua vez, a extensão do regime de banco de horas para os que não o pactuaram enfraquece a negociação coletiva e torna vulneráveis os trabalhadores, a fim de “propiciar” às empresas uma *gestão eficaz*. O órgão julgador assim se posiciona:

O Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego, de 18 de janeiro

de 2012, foi neste particular mais detalhado: “O atual contexto do mercado de trabalho exige às empresas uma capacidade cada vez mais elevada de adaptação às necessidades de uma *economia globalizada*. Neste âmbito, mostra-se necessário *moldar o regime do tempo de trabalho* a estas necessidades, possibilitando uma melhor utilização dos recursos [...]” (PORTUGAL, 2013, p. 6.252, grifos nossos).

E reconhece expressamente que em nome desses objetivos sejam sacrificados os interesses do trabalhador, mesmo admitindo que a relação de trabalho seja assimétrica. A luta pelo poder gera os saberes e poderes válidos, ou seja, há sempre um jogo de disputa e imposição de sentidos imiscuídos no reconhecimento da autoridade (FOUCAULT, 2011):

É certo que a norma onera a posição do trabalhador e, ao mesmo tempo, facilita a realização do interesse do empregador em instituir o banco de horas, sendo precisamente o segundo que no quadro da relação jurídica considerada detém uma posição de poder sobre o primeiro, porque este lhe está subordinado juridicamente (PORTUGAL, 2013, p. 6.254).

Dentre tantos direitos e preceitos constitucionais em prol do trabalhador que poderiam ter sido escolhidos como o *topos* orientador do discurso, o TC escolheu circunscrever a matéria a uma questão de concordância prática entre o princípio do coletivo (referindo-se à equipe laboral) e o princípio da prevalência dos interesses de gestão:

[A] habilitação legal do empregador de proceder à instituição concreta dos regimes de adaptabilidade grupal ou do banco de horas grupal, desde que verificados determinados pressupostos e com observância de *limites estritos*, configura uma concordância prática entre princípios conflituantes cujo resultado

pode ser considerado “razoável e axiologicamente justificado em dois princípios laborais fundamentais: o princípio do coletivo, neste caso projetado na unidade da equipa ou secção sujeita a este regime de tempo de trabalho, *que prevalece sobre os interesses individuais dos membros dessa mesma equipa*; e o princípio da prevalência dos interesses de gestão, *traduzido, no caso vertente, numa das orientações axiológicas em matéria de tempo de trabalho já expostas – a maleabilização do tempo de trabalho como instrumento de flexibilização do Direito do Trabalho, em consonância com as necessidades de gestão*” (PORTUGAL, 2013, p. 6.256, grifos nossos).

Por si só, a escolha desses princípios revela o desvirtuamento da finalidade do Direito laboral perpetrado pelo órgão julgador. Ao estabelecer que os limites legais à gestão empresarial devam ser estritos, refina-se a técnica argumentativa: converte-se o direito do trabalhador num direito individual que deve ceder em face de um coletivo grupal, que não obstante está sujeito ao indivíduo empregador. Ao erigir a prevalência dos interesses de gestão ao *status* de orientação axiológica em matéria laboral, enfraquecem-se as negociações verdadeiramente coletivas. Do ponto de vista neoliberal *austeritário*, o empregador dispõe do tempo do empregado – o tempo, a sua própria condição de existência como ser.

É preciso situar a questão da moldura ideológica da interpretação judicial na ampla perspectiva captada pela Sociologia das Ausências de Santos (2002a). Nessa perspectiva, infere-se que a decisão pela inexistência do direito é caso de inexistência “activamente produzid[a] como tal, isto é, como uma alternativa não-credível ao que existe” (SANTOS, 2002a, p. 246). Segue-se a lógica colonial da não existência que serve ao capitalismo financeiro e degrada vulneráveis – entre os quais, os trabalhadores. Institui-se uma cosmovisão que produz “conhecimentos e agentes ausentes” (SANTOS, 2002a) e, por produzir essas ausências úteis, pode não as considerar.

Trata-se de uma lógica de exceção que promove a degradação ontológica dos vulneráveis (SANTOS, 2018) e, portanto, é antagônica ao ideário da solidariedade que orienta o Direito laboral.

Assim, ao julgar pela constitucionalidade do regime do banco de horas, o TC afirma que se pode concluir que

as limitações de direitos individuais dos trabalhadores que não tenham consentido direta ou indiretamente na instituição do regime de banco de horas grupal são apenas as necessárias a assegurar o exercício do poder de direção do empregador – que é também ele expressão de uma liberdade fundamental, a de iniciativa económica (cfr. o artigo 61^o da Constituição) – em ordem a assegurar a *viabilidade desse regime no interesse da gestão da empresa e, em última análise, também no interesse comum dos próprios trabalhadores* (PORTUGAL, 2013, p. 6.259, grifos nossos).

Aqui interessa perceber o uso da expressão *em última análise* como a manifestação de uma importância residual, cujo conteúdo será efetivado apenas diante da possibilidade de não afetar o outro interesse em disputa, o do trabalhador, de conciliação da atividade profissional com a vida familiar, aqui compreendida também – mesmo para os trabalhadores que vivem sozinhos – como o espaço do gozo da vida privada, do desenvolvimento da personalidade, do lazer e da proteção da saúde psíquica. Segundo Leite, Costa, Silva e Almeida (2014), há uma apropriação gratuita de tempo de lazer dos trabalhadores transformando-o em tempo de produção.

O tópico *C.2, As questões de constitucionalidade referentes ao descanso compensatório e à remuneração do trabalho suplementar* (PORTUGAL, 2013, p. 6.259), aborda a questionada constitucionalidade do art. 9^o, n^o 2, da Lei n^o 23/2012 (PORTUGAL, [2019]), na parte em que se procedeu à revogação do art. 229^o, n^{os} 1, 2

e 6 (eliminação do descanso compensatório por trabalho prestado em dia útil – exceto quando impeditivo do gozo do descanso diário –, em dia de descanso semanal complementar e em dia feriado), do Código do Trabalho e, igualmente, a constitucionalidade da nova redação dada por aquela Lei aos arts. 268º, nºs 1 e 3 (redução para metade do pagamento do trabalho suplementar), e 269º, nº 2 (prestações relativas a dia feriado), todos do Código do Trabalho.

Quanto à supressão do descanso compensatório, o próprio órgão julgador a reconhece como medida de diminuição dos custos do trabalho:

A supressão do descanso compensatório nas situações referidas (que corresponde à generalização de um regime que vigorava, antes do Código do Trabalho de 2003, apenas para as empresas com até dez trabalhadores – cfr. o artigo 9º do Decreto-Lei nº 421/83, de 2 de dezembro) redundava, na verdade, em mais uma medida de diminuição dos *custos do trabalho*, uma vez que o descanso compensatório é remunerado (PORTUGAL, 2013, p. 6.261, grifo nosso).

A ressalva de que “o regime legal do descanso compensatório não se apresenta como impeditivo, podendo ser definido em termos mais favoráveis ao trabalhador, em IRCT ou no próprio contrato de trabalho” (PORTUGAL, 2013, p. 6.261) chega a ser risível, uma vez que são conhecidas as razões para as garantias legais dos direitos dos trabalhadores: sua hipossuficiência.

O órgão julgador considerou que tais dispositivos não constituem “restrição constitucionalmente *intolerável* dos direitos do trabalhador ao repouso e à conciliação da atividade profissional com a vida familiar” (PORTUGAL, 2013, p. 6.262, grifo nosso) e, por isso, não seriam inconstitucionais. O uso da expressão *restrição intolerável* causa o questionamento sobre a extensão das restrições toleráveis e sugere que talvez só caiba a declaração de inconstitucionalidade

quando não houver mais o que ser resguardado, o que denota, na lógica da austeridade, a *descartabilidade* do trabalhador e da pessoa humana.

Nessa mesma linha, a Lei nº 23/2012 reduziu para a metade os acréscimos sobre o valor da retribuição horária devidos ao trabalhador que preste trabalho suplementar:

Contudo, a redução, para metade, dos acréscimos remuneratórios devidos pela prestação de trabalho suplementar não é, só por si, suscetível de atentar contra aquele direito, uma vez que, apesar da forte redução, se mantém um tratamento diferenciado (mais favorável do ponto de vista remuneratório) do trabalho prestado a título suplementar. E a definição dessa diferenciação remuneratória é matéria que a Constituição não pode deixar de atribuir ao legislador ordinário (PORTUGAL, 2013, p. 6.261).

Assim, para a Corte, não há violação aos direitos dos trabalhadores quanto à conciliação entre a atividade profissional e a vida familiar (art. 59º), o desenvolvimento da personalidade (art. 26º, nº 1), a proteção da família (art. 67º), a saúde (art. 64º) nem quanto à retribuição do trabalho. Todas essas restrições seriam justificáveis e necessárias, de acordo com a narrativa *austeritária*, que converte o excepcional em necessário. Esses, aliás, são os principais elementos dados como certos no discurso da crise: a excepcionalidade da situação e a necessidade ou inevitabilidade das medidas.

Na democracia constitucional, estabelece-se a ficção de que todos efetivamente participaram do diálogo no espaço público, a despeito de que o silenciamento ou a degradação ontológica de alguns – poderíamos dizer, em termos *boaventurianos* –, faça parte da constituição do discurso dominante (SANTOS, B., 2002b, 2007, 2018). Segundo Foucault (2009), a disputa pelo discurso ocorre com base em regras discursivas reconhecidas institucionalmente,

circunscritas às interdições do que pode ser dito, de que forma, quando e por quem. Assim, alguns sentidos estão interditados. Os tabus e as exclusões de sujeitos constituem os regimes de verdade, entre os quais o Direito é exemplar. No exercício do poder disciplinar do Estado, a fim de disciplinar condutas, o Direito tenta apagar as vozes dissonantes por meio dos procedimentos autorizados. O discurso é espaço de luta não somente pelo que se diz, mas pelo próprio discurso. Desse modo, o Direito é a estrutura, a tecnologia que visa ordenar a complexidade do espaço discursivo, social, político e moral.

No tópico C.3, *As questões de constitucionalidade referentes à eliminação de feriados obrigatórios e à eliminação do aumento do período anual de férias em função da assiduidade* (PORTUGAL, 2013, p. 6.262), assim entendeu o órgão julgador:

[N]este âmbito, não há um direito do trabalhador perante o empregador (direito ao descanso ou ao repouso), mas sim um dever das entidades empregadoras perante o Estado que se articula com um direito subjetivo público dos trabalhadores, traduzido num direito a tempo livre para participar na comemoração (PORTUGAL, 2013, p. 6.262-6.263).

A afirmação de um suposto direito-dever de participar das comemorações de feriados remete a uma assustadora negação tecnocrata produtivista da diversidade. O direito dos trabalhadores – o direito ao descanso, ao lazer, ao convívio familiar – é relegado em prol do aumento da produtividade e do incremento da competitividade:

É verdade que, ao eliminar-se feriados obrigatórios, está a repor-se a laboração em dias que anteriormente eram de encerramento ou suspensão da laboração; e, nessa medida, há um acréscimo dos dias de trabalho. Isso mesmo é, como mencionado, assumido na Exposição de Motivos da Proposta de Lei nº 46/XII; aliás um dos seus objetivos foi precisamente o de, por esta via, “aumentar os níveis de produtividade, contribuindo para o incremento da competitividade e para a aproximação, nesta matéria, de Portugal aos restantes países europeus” (PORTUGAL, 2013, p. 6.263, grifo nosso).

O tópico C.4, *As questões de constitucionalidade referentes ao despedimento por extinção do posto de trabalho* (PORTUGAL, 2013, p. 6.263), referentes ao art. 368º, nºs 2 e 4, da Lei nº 23/2012 (PORTUGAL, [2019]), foi um dos poucos em que o órgão julgador reconheceu a inconstitucionalidade arguida³.

³ Embora não tenha validado a reforma legislativa, mais uma vez o órgão julgador reconhece que ela atendeu às exigências do Memorando de Entendimento de 2011, verbalizadas

No caso de pluralidade de postos de trabalho com conteúdo funcional idêntico, o art. 368º, nº 2, alterou os critérios legais para a seleção do posto de trabalho a extinguir, os quais se traduziam em: menor antiguidade no posto de trabalho; menor antiguidade na categoria profissional; classe inferior na mesma categoria profissional; e menor antiguidade na empresa. Com a alteração proposta pela Lei nº 23/2012, seria transferida para o empregador a definição de “critérios relevantes e não discriminatórios face aos objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho” (PORTUGAL, [2019]).

Apesar de reconhecer a inconstitucionalidade do art. 368º, nº 2, a análise da fundamentação do TC parece revelar que esse reconhecimento não se deve ao propósito de proteção ao trabalhador, atitude que se esperaria de uma Corte constitucional num Estado Democrático Social de Direito. O TC entendeu que, ao se eliminarem os critérios legais objetivos anteriores⁴, compromete-se a verificação da justa causa objetiva. A Corte ressaltou que o controle judicial da justa causa incide na análise do nexos sequencial estabelecido entre a extinção do posto de trabalho e o critério de escolha do trabalhador excluído:

[A]o permitir que a decisão seja baseada num amplíssimo “critério relevante e não discriminatório” e fixado em função dos objetivos empresariais subjacentes à extinção do posto de trabalho, o legislador está a esvaziar a fundamentação do nexos sequencial que terá permitido ao empregador chegar àquele concreto trabalhador, dificultando ou impossibilitando mesmo o controlo judicial desta decisão (PORTUGAL, 2013, p. 6.268).

Assim, a Corte conclui que é inconstitucional a redação dada pela Lei nº 23/2012 ao nº 2 do art. 368º do Código do Trabalho, por violar a proibição de despedimentos sem justa causa consagrada no art. 53º da Constituição (PORTUGAL, [2005]), na medida em que não fornece as necessárias indicações normativas quanto aos critérios que devem presidir à decisão do empregador de seleção do posto de trabalho a extinguir. Como se pode ver, trata-se mais da falta da demonstração do nexos lógico e da objetividade do que da predominância *in concreto* dos interesses trabalhistas a se protegerem.

Quanto ao art. 368º, nº 4, a mesma lei alterou o pressuposto necessário à verificação da impossibilidade da subsistência da relação de trabalho,

na exposição de motivos do diploma legal, segundo os quais a obrigatoriedade de critérios legais rígidos “mostra-se inadequada à prossecução dos objetivos visados por este tipo de despedimento, impondo à empresa uma solução que poderá não ser a mais ajustada às suas necessidades e às dos trabalhadores” (PORTUGAL, 2013, p. 6.264).

⁴ Menor antiguidade no posto de trabalho, menor antiguidade na categoria profissional; classe inferior na mesma categoria profissional; menor antiguidade na empresa.

que deixou de depender da inexistência de posto de trabalho compatível e reduziu-se à demonstração de que o empregador observou “critérios relevantes e não discriminatórios face aos objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho” (PORTUGAL, 2013, p. 6.268). Alterou, portanto, o requisito antes necessário: a inexistência de outro posto de trabalho compatível com a categoria profissional do trabalhador para o empregador realocá-lo.

No entendimento da Corte Constitucional, o regime anterior compatibilizava a satisfação do interesse do empregador com a segurança no emprego – equilíbrio perdido com o novo teor do dispositivo. “Ao desobrigar o empregador da proposta de um posto alternativo disponível, o novo regime lesa desnecessária e excessivamente o direito à segurança no emprego, sendo, por isso, inconstitucional” (PORTUGAL, 2013, p. 6.269):

O vício de inconstitucionalidade assim detetado é agravado, devido à inadequação do critério que, em substituição daquele dever, o legislador consagrou no nº 4 do artigo 368º. Como já foi referido a propósito do nº 2 do mesmo artigo, aquele critério – idêntico nos dois números ora considerados – apela a conceitos de tal modo indeterminados e vagos que equivale à inexistência de um critério legal, deixando a sua escolha na disponibilidade do empregador. Mas, mais do que isso, no caso do nº 4 do artigo 368º, uma vez que a “relevância” dos critérios a escolher pelo empregador está indexada “aos objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho”, tais critérios, sejam eles quais forem, sempre se mostrarão alheios ao requisito que importa cumprir, e que é o da “impossibilidade prática da subsistência da relação de trabalho”. Na verdade, os “objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho”, que não poderão deixar de estar ligados aos motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos que foram invocados pelo empregador para fundamentar a decisão de extinção de um posto de trabalho, mostram-se incapazes, só por si, de fundamentar a impossibilidade da subsistência de uma concreta relação de trabalho que, em consequência daquela decisão de extinção do posto de trabalho, se mostre afetada (PORTUGAL, 2013, p. 6.269).

Ao mencionar a lesão desnecessária e excessiva do Direito laboral, esse parece o dispositivo em que se deu um pouco mais de atenção à preservação do direito do trabalhador.

O tópico *C.5 trata das questões de constitucionalidade referentes ao despedimento por inadaptação* (PORTUGAL, 2013, p. 6.269) e refere-se à arguição de inconstitucionalidade da revogação das alíneas *d* e *e* do nº 1 do art. 375º e da constitucionalidade do nº 2 do art. 375º.

O nº 1 do art. 375º trata do despedimento por inadaptação tradicional e apresenta em suas alíneas os seus requisitos cumulativos: a inadaptação ocorre depois de terem sido introduzidas modificações no posto de trabalho resultantes de alterações nos processos de fabrico ou

de comercialização, de novas tecnologias ou equipamentos (alínea *a*); após ter sido ministrada formação profissional adequada (alínea *b*); e depois de garantido o período mínimo de adaptação no caso de risco para a segurança e saúde do trabalhador, de outros trabalhadores ou de terceiros decorrentes das modificações (alínea *c*) (PORTUGAL, [2023]). A alínea *d* prescrevia, como requisito cumulativo do despedimento por inadaptação, que não existisse “na empresa outro posto de trabalho disponível e compatível com a [qualificação] profissional do trabalhador” (PORTUGAL, [2023]). Especificamente quanto à constitucionalidade da revogação da alínea *d* do nº 1 do art. 375º, operada pelo nº 2 do art. 9º da Lei nº 23/2012 (PORTUGAL, [2019]), assim se pronunciou o TC:

No âmbito da modalidade de despedimento por justa causa objetiva, agora em apreço, impõe-se igualmente o cumprimento destes princípios, não se permitindo que o trabalhador inadaptado a um determinado posto de trabalho que sofreu modificações, seja despedido quando haja outro posto de trabalho disponível e compatível com a sua qualificação e aptidão profissional. A revogação do preceito em análise é, em razão do exposto, inconstitucional, uma vez que viola a proibição de despedimentos sem justa causa consagrada no artigo 53º da Constituição (PORTUGAL, 2013, p. 6.272).

Quanto à suscitada inconstitucionalidade da norma que revogou a alínea *e* do nº 1 do mesmo art. 375º – que exigia que a situação de inadaptação não decorresse da falta de condições de segurança e saúde no trabalho imputável à entidade patronal –, o TC adverte que essa norma consta agora do nº 4 do art. 374º da Lei nº 23/2012: “a situação de inadaptação referida nos números anteriores não deve decorrer de falta de condições de segurança e saúde no trabalho imputável ao empregador” (PORTUGAL, [2019]), razão pela qual julgou constitucional a revogação.

O TC também se debruçou sobre a conformidade constitucional da revogação do nº 2 do art. 375º⁵. Tal dispositivo contém uma nova

⁵“Artigo 375º [...] 2 – O despedimento por inadaptação na situação referida no nº 1 do artigo anterior, caso não tenha havido modificações no posto de trabalho, pode ter lugar desde que, cumulativamente, se verifiquem os seguintes requisitos: a) Modificação substancial da prestação realizada pelo trabalhador, de que resultem, nomeadamente, a redução continuada de produtividade ou de qualidade, avarias repetidas nos meios afetos ao posto de trabalho ou riscos para a segurança e saúde do trabalhador, de outros trabalhadores ou de terceiros, determinados pelo modo do exercício das funções e que, em face das circunstâncias, seja razoável prever que tenham carácter definitivo; b) O empregador informe o trabalhador, juntando cópia dos documentos relevantes, da apreciação da atividade antes prestada, com descrição circunstanciada dos factos, demonstrativa de modificação substancial da prestação, bem como de que se pode pronunciar por escrito sobre os referidos elementos em prazo não inferior a cinco dias úteis; c) Após a resposta do trabalhador ou decorrido o prazo para o efeito, o empregador lhe comunique, por escrito, ordens e instruções adequadas respeitantes à execução do trabalho, com o intuito de a corrigir, tendo presentes os factos

modalidade de despedimento por inadaptação, que alguns autores designam por “inaptidão” ou “ineptidão” do trabalhador ao posto de trabalho, revelada por uma modificação substancial do modo como ele exerce suas funções, nomeadamente uma redução continuada de produtividade ou de qualidade que, para ser relevante, deve estimar-se como de carácter definitivo:

No caso agora em apreço, a causa do despedimento refere-se exclusivamente ao próprio trabalhador e ao modo de exercício das suas funções, exigindo-se tão-somente que a inadaptação revelada pelos maus resultados da sua prestação laboral – a aludida redução continuada da produtividade ou de qualidade da prestação – não lhe seja imputável a título de culpa e que “seja razoável prever que [tal inadaptação tenha] carácter definitivo”. A verdade, porém, é que a mencionada diferença em nada altera nem a *objetividade* inerente aos maus resultados conjugados com uma ausência de culpa ou de censurabilidade do trabalhador nem, conseqüentemente, o *juízo de inexigibilidade* relativamente ao beneficiário da prestação laboral de menor qualidade, ou seja, o empregador. E, deste último ponto de vista, a ótica correta é a da ponderação adequada entre direitos fundamentais em conflito – o direito à segurança no emprego, por um lado, e o direito à livre iniciativa económica, por outro (PORTUGAL, 2013, p. 6.274, grifos do autor).

Para a Corte constitucional, portanto, a modificação substancial e não culposa do modo como o trabalhador exerce suas funções – ou seja, a redução continuada de produtividade ou de qualidade que se estime definitiva – é apta a configurar justa causa objetiva, não violando proibição de despedimentos sem justa causa consagrada no art. 53º da Constituição. Para o órgão julgador, o “fundamento ainda se integra na margem de concretização do critério de justa causa deixado pelo legislador constituinte ao legislador ordinário” (PORTUGAL, 2013, p. 6.274). A Corte considerou que é possível ao empregador fazer um juízo objetivo acerca da *modificação substancial não culposa* que se estime definitiva. Para nós, a margem de concretização desses enunciados é visivelmente subjetiva, e esse tipo de decisão é manifestamente ideológica.

O tópico C.6 *trata das questões de constitucionalidade referentes às relações entre fontes de regulação* (PORTUGAL, 2013, p. 6.275) com o advento do art. 7º da Lei nº 23/2012 (PORTUGAL, [2019]), em seus cinco tópicos. Em síntese, estão em julgamento o nº 1, sobre compensação por despedimento coletivo; o nº 2, concernente ao “descanso compensatório por trabalho suplementar prestado em dia útil, em dia

invocados por aquele; d) Tenha sido aplicado o disposto nas alíneas b) e c) do número anterior, com as devidas adaptações” (PORTUGAL, [2019]).

de descanso semanal complementar ou em feriado”; o nº 3, acerca das majorações no período anual de férias; o nº 4, a respeito do pagamento de trabalho suplementar e retribuição do trabalho prestado em dia de feriado ou de descanso compensatório; e o nº 5, que previa a redução legal automática das disposições de IRCTs não revisadas e contrárias às novas estipulações legais.

O nº 1 do art. 7º da Lei nº 23/2012 prevê que são

nulas as disposições de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho celebrados antes da entrada em vigor da presente lei que prevejam montantes superiores aos resultantes do Código do Trabalho relativas a: a) Compensação por despedimento coletivo ou de que decorra a aplicação desta, estabelecidas no Código do Trabalho; b) Valores e critérios de definição de compensação por cessação de contrato de trabalho estabelecidos no artigo anterior (PORTUGAL, [2019]).

Em ambos os casos, é determinada a nulidade das disposições de IRCTs celebrados antes da entrada em vigor da Lei nº 23/2012 que prevejam montantes superiores aos resultantes do Código do Trabalho. Com a reforma, substituiu-se na prática um regime de valor mínimo de compensação por um regime imperativo de valor máximo. Segundo os julgadores,

[s]e é certo não se poder excluir a determinação da compensação por cessação do contrato de trabalho do âmbito da negociação coletiva, também não pode ser afastada, atentos os interesses em presença, a competência do legislador para fixar limites, para baixo ou para cima, aos montantes a atribuir a tal título (PORTUGAL, 2013, p. 6.279).

No entanto, é perceptível que a fixação legal de valores mínimos preserva os interesses dos trabalhadores, ao passo que a fixação legal de valores máximos preserva os interesses dos empregadores e, por isso, não deveria ser definida em lei, já que os empregadores não constituem o polo vulnerável por terem melhores condições materiais de fazer valer seus interesses na relação de trabalho. Contudo, o TC decidiu *não declarar a inconstitucionalidade* do dispositivo normativo. Para o julgador, a solução legislativa equaciona a contento a “garantia do tratamento mais favorável dos trabalhadores e com a limitação dos custos associados ao fator trabalho em ordem à salvaguarda da competitividade das empresas” (PORTUGAL, 2013, p. 6.278) e define “balizas – que não a supressão total – do exercício da autonomia coletiva no domínio da cessação do contrato de trabalho” (PORTUGAL, 2013, p. 6.279), de modo que “a norma do nº 1 do artigo 7 ultrapasse a simples regulamentação do direito de contratação coletiva e invada o respetivo âmbito de proteção”

(PORTUGAL, 2013, p. 6.279). Em nossa percepção, argumentos que se limitam a evitar a não supressão total são perigosas armadilhas discursivas que viabilizam o esvaziamento de direitos e garantias daqueles que deveriam ser protegidos pela lei.

O tratamento dado pelo TC aos nºs 2º⁶ e 3º⁷ do art. 7º da Lei nº 23/2012 é parecido: declara-se a inconstitucionalidade de ambos na parte em que se reportam aos instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, que dispunham sobre o descanso compensatório por trabalho suplementar prestado em dia útil, em dia de descanso semanal complementar ou em feriado e sobre as majorações no período anual de férias.

O julgador reconhece que o objetivo do legislador reformador – ao padronizar os regimes aplicáveis impedindo a cristalização do regime legal revogado no plano convencional (previsão legal do descanso compensatório e das majorações de férias) – é a diminuição dos custos do trabalho, uma vez que o descanso compensatório e as férias são remunerados. Todavia, segundo o TC, a solução legal escolhida para alcançar a padronização dos regimes convencionais não é adequada à realização desse objetivo. Por essa razão, é declarada inconstitucional. Fosse a medida adequada a realizar a finalidade proposta, ou seja, eficiente na padronização da retirada de direitos, teria sido julgada constitucional. Essa linha argumentativa é, no mínimo, inquietante:

Contudo, a solução legal revela-se, desde logo, inidónea para atingir o fim prosseguido de uma padronização dos regimes convencionais aplicáveis na expectativa de conseguir a diminuição dos custos associados ao fator trabalho, uma vez que os trabalhadores e empregadores não estão impedidos de, mediante a celebração de novas convenções coletivas, voltarem a convencionar soluções exatamente iguais (ou até mais favoráveis) às que os preceitos em análise eliminaram. [...]

Tais medidas não são, por isso, nem uma condição necessária nem uma condição suficiente da produção dos resultados intencionados pelo legislador (PORTUGAL, 2013, p. 6.280).

O nº 4 do art. 7º da Lei nº 23/2012 (PORTUGAL, [2019]) determina a suspensão durante dois anos das disposições de IRCT que prescrevam sobre “acréscimos de pagamento de trabalho suplementar superiores aos

⁶ “Artigo 7º [...] 2 – São nulas as disposições de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho e as cláusulas de contratos de trabalho celebrados antes da entrada em vigor da presente lei que disponham sobre descanso compensatório por trabalho suplementar prestado em dia útil, em dia de descanso semanal complementar ou em feriado” (PORTUGAL, [2019]).

⁷ “Artigo 7º [...] 3 – As majorações ao período anual de férias estabelecidas em disposições de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho ou cláusulas de contratos de trabalho posteriores a 1 de dezembro de 2003 e anteriores à entrada em vigor da presente lei são reduzidas em montante equivalente até três dias” (PORTUGAL, [2019]).

estabelecidos pelo Código do Trabalho” [alínea a)] e a “retribuição do trabalho normal prestado em dia feriado, ou descanso compensatório por essa mesma prestação, em empresa não obrigada a suspender o funcionamento nesse dia” [alínea b)]. O TC tem ciência de que o objetivo perseguido foi assumidamente o de “intensificar a diminuição do custo do trabalho suplementar, através da redução da respetiva compensação em tempos de descanso e/ou em acréscimos remuneratórios” (PORTUGAL, 2013, p. 6.280) e admite que a

referida suspensão constitui manifestamente uma ingerência no âmbito de proteção do direito de contratação coletiva, uma vez que, ao impor a prevalência sobre IRCT de uma norma legal que diminui o salário e o valor do trabalho, interfere *necessariamente* com um direito fundamental dos trabalhadores – o direito à retribuição do trabalho, segundo a quantidade, natureza e qualidade [cfr. a alínea a) do nº 1 do artigo 59º da Constituição]. No entanto, tal suspensão, considerando o fim prosseguido e o respetivo carácter temporário, também se mostra adequada, necessária e equilibrada em vista da *salvaguarda de interesses constitucionalmente relevantes como o cumprimento das metas* e compromissos assumidos internacionalmente no quadro do Memorando de Entendimento e a própria competitividade da economia nacional numa conjuntura particularmente difícil para as empresas nacionais (PORTUGAL, 2013, p. 6.281, grifos nossos).

Assim, a Corte julga necessária e constitucional a restrição aos direitos dos trabalhadores e afirma que “o artigo 7º, nº 4, da Lei nº 23/2012, de 25 de junho, apesar de restringir o direito de contratação coletiva, respeita os limites impostos às leis restritivas de direitos, liberdades e garantias pelo artigo 18º, nºs 2 e 3, da Constituição” (PORTUGAL, 2013, p. 6.281). Os limites ou parâmetros da interpretação da Jurisdição constitucional não estão mais definidos pela preservação dos direitos fundamentais, mas pelas diretrizes dos agentes e credores econômicos internacionais. O cumprimento das metas *austeritárias* tem prevalecido e sido elevado à condição de *interesses constitucionalmente relevantes* sob a ilusória justificativa de que são necessários à realização da competitividade da economia nacional com base no conhecido e falacioso argumento da criação de empregos. Todavia, segundo o relatório da Organização Internacional do Trabalho (2013, p. 2 apud LEITE; COSTA; SILVA; ALMEIDA, 2014, p. 127), “o mercado de trabalho não registrou qualquer melhoria desde o lançamento do programa de assistência financeira” acordado com os credores internacionais. Ademais, entre 2009 e 2014, a taxa de pobreza aumentou para 19,5%, ao passo que o rendimento dos 10% mais pobres diminuiu 25% no mesmo período. Esses dados levam ao questionamento da validade das medidas adotadas quanto aos objetivos anunciados.

O nº 5 do art. 7º, em leitura combinada com o nº 4 (PORTUGAL, [2019]), estabeleceu que, decorrido o prazo de dois anos da suspensão de disposições de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho e das cláusulas de contratos de trabalho que regulamentassem acréscimos de pagamento de trabalho suplementar superiores aos estabelecidos na legislação reformadora e da retribuição do trabalho prestado em dia de feriado ou descanso compensatório, sem que as referidas disposições ou cláusulas tivessem sido alteradas, os montantes por elas previstos seriam reduzidos à metade, não podendo, porém, ser inferiores aos estabelecidos pela legislação reformadora. Tratou-se de uma redução legal automática para o caso das disposições negociadas conflitantes com a nova diretriz legal. O TC decidiu por sua inconstitucionalidade pela mesma razão utilizada nos nºs 2 e 3: a de que a solução legal escolhida para alcançar a padronização dos regimes não foi eficiente:

Também aqui nada na Lei nº 23/2012 ou no Código do Trabalho impede que os *IRCT posteriores a 1 de agosto de 2014* – data do termo do período de suspensão imperativa decretada no artigo 7º, nº 4, daquela Lei – venham a estabelecer soluções exatamente iguais – ou, porventura, ainda mais favoráveis – às que vigoravam antes da suspensão (PORTUGAL, 2013, p. 6.281, grifo do autor).

O julgador reconhece que a suspensão operada pelo tópico anterior prejudica o trabalhador e falha na realização do objetivo de redução legal necessária segundo a narrativa discursiva imposta pela crise. Em outros termos: se fosse adequada para realizar a padronização da retirada de direitos, a medida poderia ser considerada constitucional.

Desse modo, o TC concluiu pela constitucionalidade da maior parte das alterações introduzidas ao Código do Trabalho pela Lei nº 23/2012: a

criação dos bancos de horas individual; a criação dos bancos de horas grupal; a eliminação do descanso compensatório; redução para metade do pagamento do trabalho suplementar e das prestações relativas a dia feriado; a eliminação de quatro feriados obrigatórios; e a eliminação do aumento do período anual de férias em função da assiduidade. Por outro lado, conclui pela inconstitucionalidade das disposições dos nºs 1, 2, 3 e 5 do art. 7º da Lei nº 23/2012, que dispunham sobre relações entre lei e instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho. No entanto, os motivos para a declaração dessa inconstitucionalidade não foram a rejeição ao discurso da crise ou a proteção do direito dos trabalhadores, e sim o entendimento de que as medidas não se alinharam suficientemente a esse discurso.

4 A judicialização da austeridade e o discurso da crise

Percebe-se que, instado a se pronunciar, o TC incorporou o discurso da crise: agiu orientado pela autocontenção judicial no sentido de não revisar a maior parte das políticas legislativas de austeridade em matéria laboral, operadas pela Lei nº 23/2012. Com base na análise do discurso do Acórdão nº 602/2013, observa-se que o discurso da crise foi alçado a senso comum dos juristas⁸. No discurso da decisão judicial, nota-se o que Goffman (1993) estabelece como *representação dos atores sociais*. O discurso econômico, que emerge das disputas sociais na sociedade capitalista, estratificada ou de classes, não se assume como tal e traveste-se de Direito. Por meio de Goffman, podemos inferir que o ator judicial busca ocultar a própria representação, acentuando certos aspectos de sua atuação e

⁸ Ver conceito em: Warat (1994).

dissimulando outros, o que se percebe nas estratégias argumentativas analisadas, como a que não considera constitucionalmente intolerável a restrição dos direitos do trabalhador. Essa diretriz segue a lógica de preservar a gestão e a competitividade da empresa, e restringir direitos para salvar a economia, os empregos e, assim, os próprios trabalhadores.

Como elucida Goffman (1993), a representação do ator social, frágil por si mesma, tenta controlar a percepção de si controlando a relação entre os elementos informacionais e rituais, tão caros à cena judicial. A representação ergue barreiras à percepção e utiliza, intencional ou inconscientemente, como fachada o equipamento expressivo padronizado. Disso decorre o apego do jurista ao formalismo, a fórmulas como a separação de Poderes, a clivagem entre Direito e Política, embora não considere problema a absorção da Economia pelo Direito.

No Acórdão nº 602/2013, verificam-se menções a termos semióticos próprios da economia, como os compromissos assumidos perante a *troika*, o fomento da economia; a competitividade das empresas; a flexibilização e redução de custos; a gestão empresarial eficaz; a adaptação às necessidades de uma economia globalizada, os custos do trabalho; e os níveis de produtividade. Com fundamento nesses signos, o Judiciário abdica de sua função de garantidor de direitos. O Direito do Trabalho desvirtua-se de sua função de proteção dos vulneráveis, volta-se contra o interesse e os direitos dos trabalhadores, contra a regulamentação dos institutos que deveriam protegê-los. Enfim, com lastro no discurso da austeridade, opera-se uma severa redução de direitos laborais e constitucionais dos trabalhadores. Aliás, em diversos momentos, os conselheiros julgam não haver ofensa aos direitos constitucionalmente fixados, em clara demonstração do que caracteriza o Constitucionalismo de Exceção (FERREIRA, 2019a).

Em linguagem foucaultiana, pode-se dizer que o ator judicial regula o seu discurso e instaura interditos de modo a selecionar o discurso ideologicamente dominante (FOUCAULT, 2009). Nos textos analisados, percebe-se uma compreensão aparentemente uníssona, quase monolítica acerca da crise. Entretanto, como elucida Bakhtin (2009), nenhum discurso é monológico, por mais que tente apagar as outras vozes que o constituem. Essa construção discursiva, que oculta a sua formação ideológica e tem força decisória, ecoa a “voz dos mercados” e será imprescindível para o sucesso das medidas de austeridade.

Evidencia-se aí, tal como anunciado por Ferreira (2019b), a assunção do discurso econômico da crise e a consolidação das medidas de austeridade e da normatividade de exceção, com suas violações aos direitos fundamentais, às noções de bem-estar e de justiça social e à própria compreensão da democracia. Nesse contexto, a atuação da Corte constitucional em prol

da austeridade coloca o poder do Estado a serviço do volátil capitalismo financeiro, desenhando a chamada “pós-democracia”.

De acordo com Luhmann (1983), o subsistema jurídico deixa de estar apenas sensível às irritações do subsistema econômico, não mais internaliza conteúdos daquele com base em seus próprios códigos, mas os reproduz, conforme observamos nos discursos do Acórdão. Desse modo, a Constituição, *locus* específico de trocas comunicativas e acoplamento estrutural entre os subsistemas, perde a normatividade, a sua diferenciação funcional. Em seu discurso, o jurista parece alheio a essas interpenetrações, insistindo que o Direito não entre no que seria território da Política, como se fosse uma questão de conteúdo diverso, não de comunicação diversa. Permite-se, assim, não somente uma atuação política do Judiciário, como não poderia deixar de ser, mas o próprio esvaziamento do Direito, instrumentalizado pela Economia.

Por consequência, o Direito enfrenta um sério problema de legitimidade, não somente porque a sua função é subtraída pela Economia ou porque as “decisões dos eleitos”⁹ se convertem na reprodução das decisões econômicas dos mercados, mas também porque o Direito não se legitima quando esvaziado eticamente. Dissociado de sua dimensão de moralidade, ele carece de fundamentação (HABERMAS, 2003). Em suma, a expressão ontológica do Direito é do âmbito da moralidade¹⁰, das noções de bem, de justiça, de correção, distinguindo-se da moral estruturalmente. Dissociado dessas noções pela racionalidade instrumental da modernidade, o Direito converte-se em árbitro do poder. Concordamos com Hodge (1995), para quem a ética é a ontologia fundamental, uma vez que, tal como legado por Heidegger (2005), o homem não é em si, mas para o outro. Esse senso de alteridade não pode faltar ao Direito.

Lembremos que o constitucionalismo construído sobre os direitos fundamentais não é senão a tentativa, nos pós-guerras, da reconciliação entre Direito e ética. Por isso mesmo, em tempos de mercados aos quais não interessam limitações éticas, encontra-se ameaçado. Medeiros (2014), acertadamente, refere-se a essa fragilização de direitos constitucionais por imposição dos mercados como a erosão estrutural do constitucionalismo; Ferreira (2019a), como Constitucionalismo de Exceção. É nesse sentido que advertimos para a perda da legitimidade do Direito e da sua função regulamentadora, na *desdiferenciação* luhmaniana entre os subsistemas econômico e jurídico (LUHMANN, 1983). Embora não concordemos com a integralidade do pensamento luhmanniano, se tomarmos o Direito

⁹ Expressão de Ferreira (2011).

¹⁰ Neste trabalho, não se abordam as distinções conceituais entre ética e moralidade.

como fenômeno social de comunicação intersubjetiva, a “internalização” dos signos da economia não está a acontecer com base nos códigos internos do sistema jurídico – o qual está sendo absorvido por aquele em sua profunda *deslegitimação* ética. O Direito não mais regulamenta a economia: é por ela absorvido e perde a sua legitimidade. Na mencionada lição de Hespanha (2012), na esteira do neoliberalismo impera o relativismo absoluto de valores, pois, como bem advertiu Casara (2017), na pós-democracia, tem-se o absolutismo do mercado.

5 Considerações finais

Este trabalho analisou o Acórdão nº 602/2013, do Tribunal Constitucional de Portugal, com o objetivo de averiguar se a Corte se utilizou do discurso da crise econômico-financeira para ratificar medidas excepcionais de austeridade promovendo o Constitucionalismo de Exceção. Destacou que a emergência de crises é intrínseca ao funcionamento do modelo econômico financeiro neoliberal, pelas quais se normaliza a lógica da excepcionalidade e da fatalidade. Por meio dessa lógica, o neoliberalismo financeiro radicaliza-se em medidas excepcionais privativas de direitos, do bem-estar e da própria democracia, uma vez que a ideia de exceção estaria justificada diante da iminência da catástrofe.

Verificou-se que o Tribunal decidiu pela constitucionalidade da maior parte das alterações feitas na legislação laboral em prejuízo dos trabalhadores, como mudanças no regime do banco de horas, nos acordos coletivos, na remuneração do descanso, no trabalho suplementar – direitos que, além de sociais e fundamentais, têm impactos significativos sobre aspectos essenciais da personalidade, como o convívio familiar, o descanso e a autonomia. Nas poucas hipóteses em que a Corte não validou as reformas, não foi por ter considerado a relevância da proteção do direito do trabalhador, mas por julgar que os critérios que os restringiram não foram suficientemente adequados ou eficientes à realização do fim da reforma – a restrição do direito do trabalhador para, em síntese e supostamente, salvaguardar a economia.

Em razão das diversas marcas discursivas encontradas, pode-se dizer que nossa hipótese de trabalho se confirmou. Ao se render ao discurso da austeridade e negar a existência de direitos laborais, a decisão do Acórdão Constitucional nº 602/2013 configurou-se como Constitucionalismo de Exceção, o que acarretou a degradação ontológica dos titulares desses direitos, a *desdiferenciação* funcional do Direito e, com isso, a sua deslegitimação ética. A análise do julgamento desse Acórdão demonstra a erosão do constitucionalismo, típica da “pós-democracia” neoliberal

que embarga o Estado Democrático de Direito, subvertendo a noção de bem-estar e de equidade sobre qual a sociedade estava fundada.

Observou-se que a ponderação de direitos fundamentais, mediante o postulado da proporcionalidade, funciona como a instrumentalização do direito do vulnerável para a consecução de objetivos econômicos, que nem mesmo se comprovam eficientes; antes, resultam em interações sociais e formações discursivas que beneficiam os mercados como determinantes da vida coletiva. Num só plano ocorre a desconstrução ontológica, axiológica e funcional do Direito, por meio de uma decisão que se revela ideológica e manifesta a colonialidade do poder.

Evidenciou-se que a ação *autocontensiva* da Corte constitucional produziu silenciamentos, interditos e inexistências úteis aos mercados. O Tribunal nem sequer considerou uma perspectiva contra-hegemônica da crise. Desse modo, sua decisão esvaziou e deslegitimou o constitucionalismo. Assim, o Poder Judiciário tem sido responsável pelo crescimento do arbítrio e do autoritarismo diante do esvaziamento normativo e axiológico. Tempos que se desenham como pós-democráticos em que ocorre a degradação ontológica do ser humano sob a tutela judicial e com a sua imprescindível atuação.

Sobre a autora

Luana Paixão Dantas do Rosário é doutora em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil; pós-doutora pelo Centro de Estudos Sociais na Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; professora-adjunta de Direito Constitucional e Direitos Humanos na Universidade Estadual de Santa Cruz, Ilhéus, BA, Brasil; pesquisadora do grupo de pesquisa “O Direito achado na rua”, da Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil. E-mail: lpdrosario@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

ROSÁRIO, Luana Paixão Dantas do. Constitucionalismo de exceção, pós-democracia e o julgamento da reforma laboral pela Corte constitucional portuguesa. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 60, n. 239, p. 159-187, jul./set. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/239/ril_v60_n239_p159

(APA)

Rosário, L. P. D. do (2023). Constitucionalismo de exceção, pós-democracia e o julgamento da reforma laboral pela Corte constitucional portuguesa. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 60(239), 159-187. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/239/ril_v60_n239_p159

Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. (Estado de Sítio).

ANDRÉ, Patrícia; VIOLANTE, Teresa (coord.); GAMEIRO, Maria Inês. *Os tribunais e a crise económica e financeira: uma análise do discurso judicial*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2019. (Estudos da Fundação).

BAKHTIN, Mikhail. *Marxismo e filosofia da linguagem: problemas fundamentais do método sociológico na ciência da linguagem*. Tradução de Michel Lahud e Yara Frateschi Vieira. 13. ed. São Paulo: Hucitec, 2009. (Linguagem e Cultura, 3).

BRANDÃO, Helena H. Nagamine. *Introdução à análise do discurso*. 2. ed. rev. Campinas: Ed. Unicamp, 2004.

CANOTILHO, Mariana Rodrigues. Austeridad y derecho constitucional: el ejemplo portugués. *Democrazia e Sicurezza*, [s. l.], v. 6, n. 1, p. 31-70, 2016. Disponível em: <http://democraziaesicurezza.eu/austeridad-y-derecho-constitucional-el-ejemplo-portugues>. Acesso em: 27 jul. 2023.

CASARA, Rubens R. R. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. *E-book*.

FERREIRA, António Casimiro. A sociedade de austeridade: poder, medo e direito do trabalho de exceção. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, [s. l.], n. 95, p. 119-136, dez. 2011. DOI: <https://doi.org/10.4000/rccs.4417>. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/4417>. Acesso em: 27 jul. 2023.

_____. *Sociologia das constituições: desafio crítico ao constitucionalismo de exceção*. Porto: Vida Económica, 2019a.

_____. *Sociologia do direito: uma abordagem sociopolítica*. Porto: Vida Económica, 2019b.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970*. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. 16. ed. São Paulo: Loyola, 2009. (Leituras Filosóficas).

_____. *Microfísica do poder*. Organização e tradução de Roberto Machado. 29. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2011.

GALLI, Carlo. *El malestar de la democracia*. Traducción de María Julia de Ruschi. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2013. (Política y Derecho).

GOFFMAN, Erving. *A apresentação do eu na vida de todos os dias*. Tradução de Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio d'Água, 1993. (Antropos).

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1. (Biblioteca Tempo Universitário, 101-102).

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo: parte I*. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. (Coleção Pensamento Humano).

HESPAÑA, António Manuel. A revolução neoliberal e a subversão do “modelo jurídico”: crise, direito e argumentação jurídica. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n. 130, p. 9-80, abr./jun. 2012.

HODGE, Joanna. *Heidegger e a ética*. Tradução de Gonçalo Couceiro Feio. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. (Pensamento e Filosofia, 34).

LEITE, Jorge; COSTA, Hermes Augusto; SILVA, Manuel Carvalho da; ALMEIDA, João Ramos de. Austeridade, reformas laborais e desvalorização do trabalho. In: REIS, José (coord.). *A economia política do retrocesso: crise, causas e objetivos: Observatório sobre Crises e Alternativas*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 127-188. (CES. Série Conhecimento e Instituições, 9).

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito 1*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. (Estudos Alemães. Biblioteca Tempo Universitário, 75).

MEDEIROS, Rui. A jurisprudência constitucional portuguesa sobre a crise: entre a ilusão de um problema conjuntural e a tentação de um novo dirigismo constitucional. In: RIBEIRO, Gonçalo de Almeida; COUTINHO, Luís Pereira (org.). *O Tribunal Constitucional e a crise: ensaios críticos*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 263-288.

ORLANDI, Eni Puccinelli. *Análise de discurso: princípios & procedimentos*. 8. ed. Campinas: Pontes, 2009.

_____. *As formas do silêncio: no movimento dos sentidos*. 6. ed. Campinas: Ed. Unicamp, 2007. (Coleção Repertórios).

PORTUGAL. Assembleia da República. *Proposta de Lei nº 207/XII*. Procede à sexta alteração ao Código do Trabalho, aprovado pela Lei nº 7/2009, de 12 de fevereiro. Lisboa: Assembleia da República, 2014. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailheIniciativa.aspx?BID=38239>. Acesso em: 27 jul. 2023.

_____. [Constituição (1976)]. *Constituição da República Portuguesa*. Lisboa: Diário da República, [2005]. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-approvacao-constituicao/1976-34520775>. Acesso em: 27 jul. 2023.

_____. *Lei nº 7/2009, de 12 de fevereiro*. Aprova a revisão do Código do Trabalho. Lisboa: Diário da República, [2023]. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2009-34546475>. Acesso em: 27 jul. 2023.

_____. *Lei nº 23/2012, de 25 de junho*. Procede à terceira alteração ao Código do Trabalho, aprovado pela Lei nº 7/2009, de 12 de fevereiro. Lisboa: Diário da República, [2019]. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/23-2012-178501>. Acesso em: 27 jul. 2023.

_____. Tribunal Constitucional (Plenário). Acórdão do Tribunal Constitucional nº 602/2013. Relator: Cons. Pedro Machete. *Diário da República*: 1ª série, Lisboa, n. 206, p. 6.241-6.296, 24 out. 2013. Disponível em: <https://files.dre.pt/1s/2013/10/20600/0624106296.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2023.

REIS, João Carlos Simões. O direito laboral português na crise atual. *Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 7, n. 2, p. 9-42, 2016. DOI: <https://doi.org/10.26843/direitoedesenvolvimento.v7i2.315>. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/315>. Acesso em: 27 jul. 2023.

REIS, José (coord.). *A anatomia da crise: identificar os problemas para construir as alternativas: 1º relatório, preliminar, do Observatório sobre Crises e Alternativas*. Coimbra: Universidade de Coimbra, Centro de Estudos Sociais, dez. 2013. Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/handle/10316/43200>. Acesso em: 27 jul. 2023.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O fim do império cognitivo: a afirmação das epistemologias do Sul*. Coimbra: Almedina, 2018.

_____. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 3, n. 79, p. 71-94, nov. 2007. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0101-33002007000300004>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/ytPjkXXYbTRxnj7THFDBrgc>. Acesso em: 27 jul. 2023.

_____. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, [s. l.], n. 63, p. 237-280, out. 2002a. DOI: <https://doi.org/10.4000/rccs.1285>. Disponível em: <http://journals.openedition.org/rccs/1285>. Acesso em: 27 jul. 2023.

_____. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática: a crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 2. ed. Porto: Afrontamento, 2002b. v. 1. (Biblioteca das Ciências do Homem. Sociologia, Epistemologia, 30).

SANTOS, Laymert Garcia dos. Brasil contemporâneo: estado de exceção? In: OLIVEIRA, Francisco de; RIZEK, Cibele Saliba (org.). *A era da indeterminação*. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 289-352. (Coleção Estado de Sítio).

VALIM, Rafael. *Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo*. São Paulo: Contracorrente, 2017. *E-book*.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito: interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1994. v. 1.

Dois conceitos de Ética e alguns de seus reflexos na Filosofia do Direito

SAULO DE TARSO FERNANDES DIAS

Resumo: O presente artigo pretende examinar o conceito de *ética* em Lima Vaz e em Jürgen Habermas, bem como verificar, por meio da metodologia hipotético-dedutiva, alguns dos reflexos dessas duas formas de conceituar ética na Filosofia do Direito. Para Lima Vaz, a ética é a ciência do *ethos*, ou seja, dos costumes e hábitos. Para Jürgen Habermas, a ética diz respeito ao entendimento coletivo consciente de tradições e valores (o que é bom para o grupo), diferentemente da moral, que está relacionada a interesses de todos os seres humanos (o que é bom para a humanidade). Embora diferentes, as duas concepções reforçam a relevância da ética para a compreensão do Direito nas sociedades contemporâneas em razão da tendência de se vincular o que é bom para a comunidade ética às leis.

Palavras-chave: ética; moral; direito; Lima Vaz; Jürgen Habermas.

Two concepts of ethics and some of their reflections in the Philosophy of Law

Abstract: This article intends to present two different ways of conceptualizing *ethics*, as well as some of their reflections in the Philosophy of Law. The hypothetical-deductive methodology will be used, examining, on the one hand, the concept of ethics in Lima Vaz and, on the other, the concept of ethics in Jürgen Habermas, in order to verify some of their reflections in the Philosophy of Law. For Lima Vaz, ethics is a science that handles *ethos*, that is, customs and habits. For Jürgen Habermas, ethics concerns the conscious collective self-understanding of our traditions and values (being related to what is good for the group), unlike morality, it is related to the interests of all human beings (being therefore related to what is good for humanity). Although different, these conceptions of ethics reinforce the relevance of ethics in the understanding of law in contemporary societies, due to the existing intention to link what is good for the ethical community to the Law.

Recebido em 9/2/23
Aprovado em 13/7/23

Keywords: ethics; moral; right; Lima Vaz; Jürgen Habermas.

1 Introdução

A ética alcançou seu estatuto de saber autônomo com Aristóteles e desde então passou a ocupar um lugar preponderante na tradição cultural e filosófica do Ocidente. Em *Escritos de filosofia II: ética e cultura*, Vaz (2013) apresenta a Ética como a ciência do *ethos*. Tanto nessa obra quanto em *Ética e Direito*, uma coletânea de capítulos de livros e artigos, é possível identificar no sistema lima-vaziano da Ética filosófica a conexão entre o Direito e as estruturas do agir e da vida ética (VAZ, 2002).

Em *Consciência moral e agir comunicativo*, Habermas (2013) fundamenta sua ética do discurso, procedimento em que a moral universalista compensa as perdas da eticidade tradicional, relacionada a questões do *bem viver* ou da autorrealização. No entanto, foi em *Comentários à Ética do Discurso* que Habermas (1991) distinguiu ética e moral, distinção que permite compreender por que as questões éticas são separadas das questões morais na fundamentação do Direito apresentada por Habermas (2003a) em *Direito e democracia: entre facticidade e validade*.

Inicialmente serão apresentadas as bases do conceito de ética como ciência em Lima Vaz e sua relação com um direito que visa ao bem-comum e à justiça. Esse conceito considera os valores e hábitos de determinado grupo e tem, ao mesmo tempo, pretensão de universalidade. Na sequência, examinar-se-á o conceito de ética para Jürgen Habermas, baseado na crítica da moralidade kantiana, e sua distinção entre a ética como uma das formas de resolver questões práticas e a moral.

Por fim, será verificada a hipótese de a análise dos diferentes conceitos de ética contribuir não só para a diferenciação teórica do termo mas também para o entendimento da relação entre ética e direito na sociedade contemporânea.

Trata-se, portanto, de uma reflexão no âmbito da Filosofia do Direito, que busca compreender em que medida a vida em comunidade (ética) encontra no Direito a possibilidade de regulação das relações com vistas ao *bem da comunidade* ou ao *bem de todos* e de materialização da justiça na forma da lei, independentemente da conceituação teórica a ser adotada.

2 Conceito de ética em Lima Vaz e sua relação com o Direito

Em seus escritos de Filosofia, Lima Vaz apresentou o conceito de Ética como ciência, a ciência do *ethos*¹. Tal conceito precisa ser compreendido do ponto de vista *histórico*, da ética clássica até a ética discursiva de Jürgen Habermas. O autor não realiza uma análise histórica exaustiva da Ética como ciência, o que também não será feito aqui. Contudo, é possível identificar em seus escritos a fundamentação da Ética como ciência em diferentes momentos históricos, com destaque para a separação conceitual entre ética e moral operada por Hegel.

Vaz (2013) parte de Aristóteles para conceituar o *ethos*, e a Ética como ciência do *ethos*. Na filosofia aristotélica distinguem-se os conceitos de *physis*, *praxis* e *ethos*: a *physis* relaciona-se à natureza; a *praxis* à ação humana (prática); e o *ethos* aos costumes e hábitos de determinada coletividade. O *ethos* seria “a transcrição da *praxis* na peculiaridade da *praxis* ou da ação humana e das estruturas histórico-sociais que dela resultam” (VAZ, 2013, p. 11) e revela-se na necessidade humana de adotar uma *praxis* que supere as inconstâncias características da *physis* por meio da constância do hábito (*hexis*).

¹ Aqui a palavra *Ética* foi grafada com inicial maiúscula, assim como o fez Lima Vaz, para caracterizar seu estatuto de ciência desde a Primeira Academia, ao lado da Lógica e da Física. Ver Vaz (2013).

Para Vaz (2013, p. 12), a Ética como ciência do *ethos* alcançou o estatuto de saber autônomo quando Aristóteles se propôs “demonstrar a ordem da *praxis*, articulada em hábitos ou virtudes, não segundo a necessidade transiente da *physis*, mas segundo o finalismo imanente do *logos* ou da razão”.

A concepção vaziana da Ética como ciência passa pela compreensão de que, com a adição do vocábulo *hexis*, o termo grego *ethos* pode assumir dois significados: *ethos* (com *eta* inicial), que significa a morada do homem, raiz semântica que dá origem a significações como costume, estilo de vida e ação; e *ethos* (com *épsilon* inicial), que diz respeito ao comportamento de repetir os mesmos atos, ou seja, *ethos* significa hábito. Para Vaz (2013, p. 15), a ação ética é um *processo circular* que envolve o costume, a ação e o hábito:

O *ethos* como costume, ou na sua realidade histórico-social, é princípio e norma dos atos que irão plasmar o *ethos* como hábito (*ethos-hexis*). Há, pois, uma circularidade entre os três momentos: costume (*ethos*), ação (*praxis*), hábito (*ethos-hexis*), na medida em que o costume é fonte das ações tidas como éticas e a repetição dessas ações acaba por plasmar os hábitos.

A ideia de circularidade do *ethos*, extraída por Lima Vaz da *Fenomenologia do Espírito*, de Hegel (2014), é fundamental para a compreensão do conceito de universalidade presente nas discussões sobre ética. Para Vaz (2013, p. 15), Hegel apresentou o círculo dialético do *ethos*, no qual “a universalidade abstrata do *ethos* como costume inscreve-se na particularidade da *praxis* subjetiva, e é universalidade concreta ou singularidade do sujeito ético no *ethos* como hábito ou virtude”.

Quanto à *universalidade* do *ethos*, é preciso considerar que o indivíduo exerce sua *praxis*

em sociedade. Compreendendo a sociedade como um “conjunto de conjuntos”, Lima Vaz explica que na esfera social a *praxis* humana (trabalhar, consumir, aprender, criar etc.) se traduz em diferentes formas do *ethos* e se particulariza na medida em que a *praxis* do indivíduo é socializada na forma de hábitos (*ethos-hexis*). Assim, a “universalidade do *ethos* se desdobra e particulariza em *ethos* econômico, *ethos* cultural, *ethos* político, *ethos* social propriamente dito” (VAZ, 2013, p. 22).

Quanto à questão histórica da Ética como ciência do *ethos*, Vaz (2013) considera que seu nascimento na cultura ocidental teve origem no mundo grego nos séculos VII e VI a. C. Não constitui objeto deste texto detalhar o contexto do surgimento do *ethos*, mas apenas destacar que o vocabulário ético aqui utilizado tem raízes nos filósofos pré-socráticos, como Anaximandro e Heráclito, e nos clássicos, como Sócrates, Platão e Aristóteles².

Segundo Vaz (2013, p. 41), o *ethos* encontrou na *religião* sua expressão cultural mais antiga e universal. Ainda que “a esfera do *ethos* tenda historicamente a distinguir-se da esfera do religioso e do sagrado”, o mito e a crença foram considerados pelas sociedades um dos caminhos mais seguros para fundamentar a ação humana, “com a garantia de um poder legislador e julgador revestido do prestígio do sagrado, a objetividade e a força obrigatória das normas e interditos” (VAZ, 2013, p. 40).

Na Idade Média, com a prevalência da fé sobre a razão, “a ciência do *ethos* (*ethikè episthème*) ou simplesmente Ética, tal como se constitui na tradição ocidental” (VAZ, 2013, p. 67), tinha como fundamento noções morais de ordem religiosa. Assim, a expressão do *ethos*,

² Para uma discussão aprofundada sobre o nascimento da ciência do *ethos*, ver *Do ethos à ética* (VAZ, 2013) ou *Paideia*, de Jaeger (2013).

na forma de ensinamento e comportamento religiosos, prosseguiu de uma maneira bem particular, nos termos descritos por Vaz (2013, p. 70):

A sobrevivência da Ética antiga nos quadros da cultura teológica cristã e a conciliação da universalidade objetiva da razão prática com a rigorosa teonomia da moral bíblica formam um capítulo extremamente rico e complexo da história da Ética ocidental, mas que somente pôde ser escrito em virtude da integração do exemplarismo platônico na doutrina bíblica do Deus criador.

Na Idade Moderna, com a prevalência da razão³, os fundamentos conceituais da Ética passam por uma profunda transformação. Foi René Descartes quem inaugurou a trajetória da Ética moderna⁴. A nova razão científica, com a qual se pressupõe uma incongruência com o *ethos* histórico, é uma razão prática dotada de uma universalidade *pura*, atributo das estruturas cognoscitivas do sujeito construtor da ciência (VAZ, 2013).

Outro importante teórico da Ética moderna foi Thomas Hobbes. Para Vaz (1995, p. 71), “assim como Galileu foi o primeiro artífice reconhecido da nova razão científica, assim T. Hobbes o foi da nova razão ética”. A Ética hobbesiana é caracterizada por Vaz como estritamente egoísta e utilitarista, pois representa a realização do “pacto de sociedade” celebrado por homens guiados pelos instintos de autoconservação e pelo temor à morte. Tal concepção ética tem sua importante colaboração para as racionalidades éticas modernas ao mostrar um caráter poiético ou fabricante do conhecimento no domínio dos valores éticos – o homem como artífice da própria humanidade (VAZ, 1995).

Todavia, a autonomia do domínio da moralidade em relação à esfera do religioso ocorreu somente após a crítica kantiana da razão prática, que mudou a perspectiva adotada na Idade Média e, ao provocar uma cisão “entre Razão pura teórica e Razão pura prática, inclinou a reflexão ética a fundar a universalidade do *ethos*” (VAZ, 2013, p. 72). Kant operou a revolução copernicana no sistema do conhecimento, que provocou uma reviravolta no estatuto clássico da universalidade

³Para Vaz (1995, p. 71, grifos do autor), “a Ética moderna é, assim, uma Ética constitutivamente *autônômica* ao fazer do sujeito, em última instância, o legislador moral, em contraste com a Ética clássica, essencialmente *ontônômica*, pois nela o ser objetivo, mediatizado pela ‘reta razão’ (*orthôs logos*), é a fonte da moralidade”.

⁴Segundo Vaz (1995, p. 63), “a árvore da ciência contemporânea não tem mais a elegância daquela desenhada por Descartes, tendo a Moral por sua copa e a Metafísica por sua raiz. Ela se apresenta como um imenso esgalhar-se de ramos, que um único olhar não consegue abranger. Se a Moral, para Descartes, deveria ser a copa da árvore da ciência, a Ética, em nossos dias, está dispersa entre os muitos ramos de uma razão que se autodiferencia cada vez mais”.

da razão prática e resultou no modelo da *ética do dever* estritamente formalista (VAZ, 2013).

Na sociedade moderna, marcada pela vitória da tecnocracia na regência do domínio social e político, o “fato da razão” kantiano apresentou-se como a própria lei moral, aquela lei da liberdade que tem estatuto transcendental como forma pura do agir moral. Vaz (2013, p. 113) assinala que

[a] crise ética que se segue paradoxalmente ao rigoroso e grandioso intento de Kant para salvar a pureza da Razão prática e, nela, a imanência recíproca da razão e liberdade – esta na sua incondicionalidade de “fato da razão” – põe à mostra o abalo profundo, nos próprios fundamentos do pensamento ético, dessa perda de especificidade da *praxis* como perfeição imanente do sujeito que acompanha sua progressiva anexação pelo domínio da *poiesis*.

Para dialogar com o criticismo moderno de Kant, Vaz (2013, p. 114) elege a dialética hegeliana contemporânea⁵, por acreditar que ela foi capaz de repor, “no centro da Ética, o conceito aristotélico de virtude, articulado com o conceito de dever (*Pflicht*), mas objetivado nas relações nas quais se particulariza a substância ética”. A importância de Hegel no conceito de Ética vaziano está relacionada a dois aspectos fundamentais: a) a questão da circularidade dialética do *ethos*; e b) a distinção entre eticidade e moralidade feita por Hegel na sua *Fenomenologia do Espírito*.

O primeiro aspecto foi apresentado anteriormente: a Ética está fundada no movimento dialético de autodeterminação do universal na relação entre o *ethos* e a *praxis*. Na leitura vaziana de Hegel, o movimento dialético é que permite a “passagem logicamente articulada do *ethos* como costume à ação ética pela mediação do *ethos* como hábito (*hexis*)” (VAZ, 2013, p. 75). Vaz (2013, p. 75) sugere o pensamento hegeliano como uma fonte relevante para seus argumentos sobre a Ética como ciência do *ethos*, ao afirmar que “nos parágrafos introdutórios da sua Filosofia do Direito, Hegel expõe com rigor e profundidade até hoje inigualados essa estrutura fundamental da Ética”.

Quanto ao segundo aspecto, na sua *Fenomenologia do Espírito*, Hegel (2014) distinguiu eticidade (*Sittlichkeit*) e moralidade (*Moralität*)⁶, o que, segundo Vaz (2013, p. 113), pode ser considerado “o centro do

⁵Segundo Vaz (1995, p. 72), o que Kant enuncia como problema – a coexistência da Moral como domínio da razão pura prática e da Ética no seu uso pragmático como *ethos* vivido – é retomado por Hegel como *sistema* na dialética do espírito objetivo.

⁶Na *Fenomenologia do Espírito*, Hegel (2014, p. 298-446), ao apresentar o espírito (“A razão é espírito quando a certeza de ser toda a realidade se eleva à verdade, e [quando] é consciente de si mesma como de seu mundo e do mundo como de si mesma”), dividiu-o entre *espírito verdadeiro* (a eticidade) e *espírito certo de si mesmo* (a moralidade).

qual irradiam as linhas cardeais da reflexão ética contemporânea”. Essa distinção permite perceber a relação entre a Ética e o Direito em Vaz (2013, p. 113):

A dialética hegeliana do Espírito objetivo que situa a interioridade do sujeito moral (*Moralität*) como mediação entre a primeira objetivação do Espírito em direção ao mundo das coisas (Direito abstrato) e sua segunda objetivação em direção ao mundo histórico (vida ética concreta ou *Sittlichkeit*) representa por outro lado, na esteira da Razão prática de Kant, o mais amplo e rigoroso intento teórico para restaurar a originalidade e a inteligibilidade intrínseca da esfera da *praxis*.

Em sua fundamentação da Ética como ciência, Vaz (2013, p. 71) refere-se também à *Ética discursiva* (*Diskursethik*) de Jürgen Habermas como “a tentativa recente de retomada da exigência kantiana da universalidade formal da razão prática” com base na racionalidade comunicativa. Em um trecho do texto *Moralität e Sittlichkeit*, de Habermas, Vaz destaca o papel da ética discursiva segundo o próprio Habermas: “A ética discursiva assume a intenção fundamental de Hegel para resolvê-la com meios kantianos” (HABERMAS, 1985 apud VAZ, 2013, p. 71). Na passagem a seguir, podem-se observar objeções de Vaz (2013, p. 72) à ética habermasiana:

Mas a ambição da Ética discursiva de propor uma fundamentação última para as normas éticas apoiada na virtualidade consensual do discurso argumentativo é contestada seja pelo recurso a uma ética da prudência ou do senso comum limitada ao *ethos* do cotidiano, seja pela redução dos problemas éticos a problemas de linguagem ou de Metaética.

Para Vaz (2013, p. 75), a estrutura da Ética repousa sobre “a estrutura do espaço lógico na qual as dimensões do sujeito ético, da comunidade ética e do mundo ético objetivo determinam a singularidade da ação ética ou designam as dimensões lógicas da *praxis* no seu acontecer histórico”. O *sujeito ético* é aquele que se particulariza pela deliberação e escolha. Ele exerce sua *praxis* no seio de uma *comunidade ética*, aquela que se particulariza no *ethos* histórico e na tradição ética. Por fim, o *mundo ético objetivo* também se singulariza no *ethos* histórico e na tradição ética como expressão normativa: normas, leis e Direito (VAZ, 2013).

As dimensões citadas compõem a chamada *estrutura triádica dialética: universalidade abstrata, particularidade e universalidade*. Vaz demonstra que o destino da Ética filosófica está ligado à possibilidade do movimento dialético desses três momentos, um movimento de suprassunção da universalidade da razão prática na singularidade do *ethos* histórico e da *praxis* virtuosa do sujeito. É possível identificar a relação do *ethos*, objeto da Ética, com as normas, leis e o Direito, quando Vaz explicita

como acontece o movimento dialético nas dimensões do *sujeito ético*, da *comunidade ética* e do *mundo ético objetivo*:

Primeiro momento – Universalidade Abstrata: o universo simbólico do *ethos*, em que o Bem (liberdade) apresenta-se como Fim (conhecimento), particulariza-se no *ethos* histórico e singulariza-se como *expressão normativa* (normas, leis, Direito). *Segundo momento – Particularidade*: na comunidade ética, o universal do reconhecimento e do consenso particulariza-se na *educação* e *vida éticas*, singularizando-se na *consciência moral social* ou consciência moral intersubjetiva. *Terceiro momento – Universalidade Concreta*: no sujeito ético, o universal que determina a práxis manifesta-se no conhecimento e na liberdade, particularizando-se como *deliberação* e *escolha* para se singularizar como consciência moral (TOLEDO; MOREIRA, 2002, p. 13, grifos nossos).

Segundo Vaz (2013), na *Filosofia do Direito* de Hegel há uma coincidência entre o *jurídico* e o *ético*. Esses conceitos se confundem, pois o Direito não se refere apenas à realidade concreta da lei, como descrição da norma jurídica, mas também deve ser pensado como existência abrangente das determinações da liberdade. Hegel apresenta um percurso para a liberdade efetiva em três estágios: a) o Direito em sentido estrito; b) a moralidade; e c) a eticidade, como vida ética concreta:

No Direito, a pessoa (sentido jurídico) situa-se no plano da universalidade abstrata e como tal se relaciona com as outras e com as coisas, relação que se dá imediata e extrinsecamente e que se efetiva por meio da propriedade e dos contratos, os quais, como *relação*, implicam a ação ética. Na moralidade, o indivíduo se particulariza pela reflexão subjetiva de sua liberdade, subjetividade que é a fonte do agir moral e que, como subjetiva, é *particular* (TOLEDO; MOREIRA, 2002, p. 13, grifos dos autores).

Para examinar os reflexos do conceito de Ética como ciência na Filosofia do Direito, é preciso analisar o conceito de *norma*. O termo vem do latim *norma*, que significa esquadro, instrumento de medida. Segundo Vaz (2002), trata-se de uma metáfora geométrica em uso no latim clássico no sentido de *regra* ou *modelo*. Atualmente o termo é utilizado em diferentes campos: *normas éticas, jurídicas, econômicas, técnicas, religiosas* etc.

Segundo Vaz (2002, p. 282, grifos do autor), o conceito de *norma* “está presente na própria natureza do agir ético na medida em que este recebe de seu objeto, o *ser como bem*, a injunção do *dever-ser* e deve submeter-se à regra (ou norma) desse *dever-ser*”. A *norma ética* funciona como uma determinação para o sujeito de um bem universal que *deve* ser feito. Essa relação entre norma e agir ético é apresentada pelo autor em um breve histórico:

Sendo a *norma* a expressão e prescrição do *valor* na complexidade da situação na qual o agir ético deve exercer-se, à hierarquia dos valores deve corresponder uma hierarquia das normas, e assim sucede efetivamente nas diversas tradições éticas. A lógica dessa hierarquia conduziu, na Ética estoíca e mais explicitamente, na Ética cristã, a atribuir às formas mais elevadas da norma a natureza de leis (em sentido analógico) *universais*. Segundo essa lógica, a *lei natural* e a *lei divina* (idênticas no Estoicismo, distintas na Ética cristã) são consideradas as normas últimas do agir ético. Na Ética moderna, a concepção do Direito Natural, não obstante a profunda diferença que a distingue da concepção antiga, conserva a significação de norma última do agir ético, fundada nas exigências de uma *natureza* pensada em sua autonomia, consequência do desaparecimento da noção de *lex aeterna* (VAZ, 2002, p. 283, grifos do autor).

A formação e o desenvolvimento de sociedades políticas relacionam-se com o *ethos*, seja ele conceituado como hábito (*hexis*) ou como costume. A ideia de lei (*nómos*) é a de que é possível reger a *praxis* do indivíduo a fim de assegurar sua participação equitativa na busca do bem comum⁷. Assim, Vaz (2002) considera a ciência da *politéia* ou a Política a outra face da Ética. Com essa dupla face, a Ética relaciona-se diretamente ao Direito, seja como ciência da *praxis* individual, seja como ciência normativa da *praxis* comunitária.

A lei relaciona-se com o *ethos* e, conseqüentemente, com a Ética como ciência do *ethos*. Para Vaz (2013, p. 16), “a passagem do costume à lei assinala justamente a emergência definitiva da forma de universalidade e, portanto, da necessidade imanente, que será a forma por excelência do *ethos*”. Como a gênese das leis se relaciona à circularidade dialética do *ethos*, pode-se qualificar uma comunidade como boa ou má eticamente de acordo com o respeito às leis:

À luz do conceito de tradição, é possível descobrir na comunidade ética, por ela vitalmente aglutinada, uma relação entre lei e fato rigorosamente inversa àquela que vigora no mundo natural: neste se procede do fato à lei, naquela a lei ou a norma antecedem inteligivelmente o fato, ou seja, o fato é tal enquanto referido à continuidade ou à tradição normativa do *ethos*. Daqui a possibilidade para a ação, dentro do fato fundamental que é a própria comunidade ética, de se qualificar eticamente como má ou em oposição à lei (VAZ, 2013, p. 18).

Segundo Vaz (2002, p. 206), pode-se conceituar o Direito como “a razão imanente ao livre consenso e que se explicita em leis, regras, prescrições e sentenças”. O Direito correlaciona-se à lei e está presente no

⁷ Segundo Vaz (2002, p. 216), “a ordem universal torna-se termo de uma relação propriamente jurídica quando se manifesta como lei (*nómos*)”.

horizonte objetivo do agir ético. Vaz considera o problema da relação entre Ética e Direito um dos temas mais frequentes na literatura ética e na filosofia jurídica. Sobre essa relação, com ênfase na influência hegeliana em que fundamenta sua Ética, Vaz (2002, p. 233, grifos do autor) esclarece:

Como é sabido, Hegel atribuiu ao Estado do Entendimento ou à sociedade civil a natureza de momento essencial na estrutura da *Filosofia do Direito*, ou da *Filosofia do Espírito objetivo* da *Enciclopédia*. Ele é o momento mediador, ao nível da vida ética concreta (*Sittlichkeit*), entre a sociedade familiar e o Estado. A irrupção do sistema das necessidades no domínio do *ethos* nele abrindo um novo horizonte de universalidade (a universalidade do trabalho livre e do sistema da produção) aparece, assim, como um evento histórico definitivo: ele rompe a homologia que, no domínio da universalidade *nomotética*, se estabelecia entre a *physis* e o *nómos* e que era o fundamento do Direito natural antigo. A busca de um novo fundamento universal para o Direito passa a ser o desafio maior lançado diante da reflexão ética e política da modernidade.

A universalidade do Direito relaciona-se à universalidade da Ética. Para Vaz (2002), exemplifica a importância dessa relação o fundamento estabelecido por Hegel (1997, p. 185) em sua *Filosofia do Direito* para os direitos universais do homem: “o homem vale porque é homem, não porque seja judeu, católico, protestante, alemão, italiano”. Conforme a citação anterior, o momento mediador da *moralidade*, no qual a transposição da vida ética concreta se dá com o *indivíduo* na sociedade civil, é o momento em que a universalidade quantitativa pressuposta no contrato social vai ao encontro da universalidade do Eu como *pessoa universal*, advinda do processo-histórico-cultural da consciência singular (VAZ, 2002).

Não é papel da Filosofia traçar modelos para comunidades ético-jurídicas. Pelo contrário, “sua tarefa consiste apenas em explicitar as condições teóricas a que as comunidades históricas devem submeter-se para alcançar finalmente seu estatuto de comunidades de seres racionais o que, do ponto de vista normativo, significa comunidades do bem-comum, da justiça e do direito” (VAZ, 1996, p. 438). A Ética, a Política e o Direito constituem os *corpos fundamentais* nos quais as comunidades se baseiam para, consensualmente, prescrever uma *praxis* capaz de alcançar a validade de normas universalmente reconhecidas (VAZ, 1996).

Segundo Vaz (1996, p. 444-445), três categorias sustentam o universo ético-jurídico: o agir ético como agir virtuoso, o bem e a justiça. O agir ético refere-se ao agir do indivíduo ou de uma comunidade de acordo com seus costumes e hábitos. Esse agir tem um fim que, para Aristóteles, é sempre o bem, e a proporção entre o bem e as razões da comunidade e do indivíduo constitui o justo. Nesse sentido, compreende-se a justiça como a distribuição equitativa ou proporcional do bem. Vaz (1996, p. 445) relaciona o *ethos*, objeto de sua Ética, com a justiça, nos seguintes termos:

Submetido ao critério do justo o *ethos*, como costume, assume a forma estável da instituição [...] da sociedade política. Como hábito, porém, o *ethos* regido pelo critério do justo é a virtude, ou bem do indivíduo que se submete à norma da reta razão (*orthos logos*). Eis porque a justiça é a mais alta das virtudes na esfera do agir ético, assim como a comunidade política é a mais alta das instituições.

Ao analisar a Ética e o Direito, Vaz depara-se com a questão da busca do bem comum como a busca da justiça. Vaz sugere a *educação ética* como solução para as crises éticas experimentadas pelas sociedades democráticas, pois é guiada

pela busca do melhor para o grupo⁸. Segundo Vaz (1996), o *ethos* de determinada sociedade é transmitido para os mais jovens por meio da *formação (paideia)* ou educação ética. Dessa educação ética fazem parte a tradição, responsável pela estabilidade das normas sociais, e a razão, que realiza o julgamento crítico da primeira pela reafirmação ou transformação dos padrões éticos sociais (TOLEDO; MOREIRA, 2002). Em outras palavras, a educação ética revela-se como um *processo cultural* que se define como *paideia*, como educação para uma forma superior de vida. Nas palavras de Vaz (1996, p. 451), a “educação ética [...] é a verdadeira educação para a liberdade”.

Segundo Vaz (2002), o problema central das crises vividas pelas sociedades políticas contemporâneas está na significação ética do ato político. Essa questão, diretamente baseada na relação entre Ética e Direito, afeta toda a sociedade, pois “da resposta que para ela for encontrada irá depender o destino dessas sociedades políticas no sentido original do termo, vem a ser, sociedades justas” (VAZ, 2002, p. 242).

3 Conceito de ética segundo Habermas e sua relação com o Direito

Na *Teoria do agir comunicativo*, de 1981, Habermas (2012a, 2012b) distingue ética e moral e afirma que, “à medida que a eticidade tradicional se cinde em moralidade e eticidade, passa-se a exigir, para as relações privadas, a aplicação autônoma de princípios gerais e, para

⁸ Sobre a questão da educação ética, Vaz (1996, p. 451) afirma: “E é, sem dúvida, no campo da educação que se travam, a cada geração, as batalhas decisivas dessa luta. É aí, afinal, que as sociedades são chamadas a optar em face da alternativa onde se joga o seu destino: ou a de serem sociedades da liberdade que floresce em paz ao sol do Bem e da Justiça, para citar ainda uma vez Platão numa analogia celebre, ou a de enveredarem pelos obscuros caminhos da horda sem lei”.

a esfera profissional, a obediência de um direito estatuído positivamente” (HABERMAS, 2012b, p. 325).

Em 1985, no artigo *Moral und Sittlichkeit: Hegels Kantkritik im Lichte der Diskursethik (Moral e eticidade: A crítica de Hegel a Kant à luz da ética do discurso)*, ao responder à pergunta “O que é a ética do discurso” (*Was heisst Diskursethik?*), Habermas (1985) distingue também o termo *Ética (Ethik)* de *vida ética* ou *eticidade (Sittlichkeit)*.

Em 1991, na obra *Comentários à ética do discurso*, que dá continuidade às investigações apresentadas em *Consciência moral e agir comunicativo*, de 1983, ao tratar da forma como se podem resolver problemas práticos em diferentes situações, Habermas (1991) apresenta as diferenças e o ponto de intersecção entre questões éticas e questões morais.

Para Habermas (1991), os indivíduos são levados a decidir diariamente sobre problemas práticos em diferentes situações, desde as mais simples, como escolher qual roupa usar em determinada situação ou para onde viajar quando estiver de férias, até as mais complexas, como a escolha da profissão a seguir. O autor acredita que os indivíduos sempre procuram justificativas para uma decisão racional de acordo com seus objetivos pessoais. Em outras palavras, nas diversas situações cotidianas, é preciso tomar uma decisão racional quando *se tem* de resolver um problema e *se quer* alcançar determinado objetivo. Assim, “aquilo que racionalmente devemos fazer é, em parte, determinado por aquilo que queremos: trata-se da escolha racional dos meios face determinados fins ou da avaliação racional dos fins face às preferências existentes” (HABERMAS, 1991, p. 103).

Segundo Habermas (1991), para responder à questão “O que devo fazer?”, pode-se fazer o uso *pragmático, ético* ou *moral* da razão prática,

a depender da complexidade e da forma como o problema é apresentado. As *questões pragmáticas* (práticas) são aquelas situações cotidianas que precisam de uma solução, pois, caso não se resolvam, podem gerar consequências indesejadas. O autor exemplifica com a decisão sobre o que fazer quando a bicicleta que usamos todos os dias se avaria. Por outro lado, existem decisões mais complexas, (por exemplo, a escolha de um curso ou profissão) que passam por uma análise de questões éticas e/ou morais⁹.

Em *Comentários à ética do discurso*, Habermas (1991, p. 105) afirma que *questões éticas* são as respondidas por imperativos incondicionais que representam um dever que não dependam de fins e preferências, mas não são absolutas, como a questão “tens de escolher uma profissão que te transmita a sensação de ajuda para com outras pessoas”. As *questões éticas* não exigem uma cisão absoluta com a perspectiva egocêntrica, pois estão relacionadas com aquilo que é bom para mim (HABERMAS, 1991).

Questões morais, por seu turno, relacionam-se com saber se todos poderiam desejar que alguém na minha situação agisse de acordo com a mesma máxima. Para Habermas (1991), a perspectiva moral se insere na discussão sobre “O que devo fazer?” quando as ações individuais afetam o interesse dos *outros*. Assim *questões éticas* se diferenciam das *questões morais* por apontarem num sentido diferente:

A regulação de conflitos interpessoais de conduta resultantes de conjuntos de interesses antagônicos não é ainda, neste contexto, um assunto relevante. Saber se, em caso de necessidade extrema, também seria capaz de, por uma vez, cometer uma pequena fraude em relação a uma companhia de seguros anônima não constitui uma questão moral – pois trata-se do respeito por mim próprio e possivelmente do respeito que outros manifestem por mim, mas não do igual respeito por todos – não se tratando, portanto, do respeito simétrico que cada um revela em relação à integridade de todas as outras pessoas (HABERMAS, 1991, p. 106).

Percebe-se que Habermas se utilizou do conceito kantiano de *máxima*¹⁰ para tratar da perspectiva moral, ou seja, a perspectiva que diz respeito

⁹ Em todos os três casos (*pragmático, ético ou moral*) “estamos perante a fundamentação de decisões tomadas entre possibilidades alternativas de conduta; mas as tarefas pragmáticas reclamam um outro tipo de conduta e as questões correspondentes reclamam outro tipo de resposta, quando comparadas com as tarefas éticas e morais” (HABERMAS, 1991, p. 108).

¹⁰ Segundo Kant (2011, p. 28, 51, grifos do autor), “[*m*]áxima é o princípio subjetivo do querer; o princípio objetivo – o que serviria subjetivamente de princípio prático a todos os seres racionais, caso a razão sempre tivesse todo o poder sobre a faculdade de desejar – é a lei prática”, ou seja, “[*m*]áxima é o princípio subjetivo da ação e deve se distinguir do princípio objetivo, isto é, da lei prática. Aquela contém a regra prática que determina a razão em conformidade com as condições do sujeito (muitas vezes em conformidade com a sua ignorância ou com as suas inclinações) e é, portanto, o princípio segundo o qual o sujeito

àquelas regras de ação situacionais pelas quais se orienta a prática habitual de um indivíduo. Na visão de Habermas (1991), essas máximas libertam o indivíduo de ter que tomar decisões diárias, uma vez que lhe apresentam um conjunto consistente de regras de ação que irão refletir-se no caráter e na forma de vida¹¹. Assim, para Habermas (1991, p. 107, grifos nossos),

[a]s máximas constituem o plano de intersecção da ética e da moral, uma vez que podem ser simultaneamente avaliadas quer do ponto de vista ético, quer do moral. A máxima que me permitiria cometer ocasionalmente um pequeno delito pode *não ser boa* para mim, quando não se articula com a imagem da pessoa que quero ser e que gostaria que os outros reconhecessem em mim. A mesma máxima pode ser ao mesmo tempo *injusta* – por exemplo, quando o seu cumprimento geral não é igualmente bom para todos. Uma avaliação de máximas ou uma heurística constitutiva de máximas, que se orienta pela questão acerca da forma como eu quero viver, ocupa-se da razão prática de *um modo diferente* do que a reflexão sobre a possibilidade de uma regulação da nossa vida em comum. No primeiro caso, avalia-se se uma máxima é boa para mim e adequada à situação; no segundo, se eu posso desejar que uma máxima seja *observada por todos* como lei geral.

Do trecho citado é possível extrair que a reflexão ética (tratada no primeiro caso) refere-se ao que é “bom para mim” ou para “meu grupo”. Por sua vez, a reflexão de natureza moral (tratada no segundo caso) refere-se àquilo que é bom para todos, que pode valer como lei geral. Dito de outra forma, a ética diz respeito ao autoentendimento coletivo consciente das tradições e valores de determinado grupo (bom para o grupo), diferentemente da moral, que está relacionada aos interesses de todos os seres humanos (bom para humanidade)¹². Segundo Habermas (2002, p. 38, grifos do autor), “nós julgamos as orientações de valor, bem como a autocompreensão das pessoas ou grupos baseados em valores, a partir de pontos de vista *éticos*, e julgamos deveres, as normas e os mandamentos a partir de pontos de vista *morais*”.

Desde sua *Teoria do agir comunicativo*, Habermas (2003a, p. 19) deixou clara a sua intenção de reformular a teoria moral kantiana, ao afirmar que resolvera “encetar um caminho diferente lançando mão

age; a lei, porém é o princípio objetivo, válido para todo ser racional, princípio segundo o qual ele deve agir, quer dizer, trata-se de um imperativo”.

¹¹ Para Habermas (1991, p. 107) as *máximas* “constituem as unidades mais pequenas de uma rede de hábitos em prática, nos quais se caracterizam a identidade e o projeto de vida de uma pessoa (ou grupo de um grupo) – regulam o dia-a-dia, o estilo da interação, a forma de lidar com os problemas, de resolver conflitos, etc”.

¹² É possível realizar uma análise comparativa das razões morais e razões éticas em Kant, Alexy e Habermas; ver Trivisonno (2015).

da teoria do agir comunicativo: substituo a razão prática pela razão comunicativa. E tal mudança vai muito além de uma simples troca de etiqueta”. “[E]mpreendi nos últimos anos, juntamente com K. O. Apel, a tentativa de reformular a teoria kantiana da moral, tendo em vista a questão de fundamentação de normas através de meios da teoria da comunicação” (HABERMAS, 1991, p. 13).

Para Habermas (1985), a ética clássica preocupa-se com as questões da “vida boa”; a ética kantiana, por sua vez, cuida apenas das questões relacionadas à ação correta ou justa. Para o autor, a ética kantiana é, ao mesmo tempo, uma ética deontica, cognitivista e formalista: deontica, por sua intenção de justificar a ação humana com base em normas ou mandamentos dotados de correção normativa; cognitivista, pois a correção normativa almejada é uma pretensão de validade análoga à verdade; formalista, pois todos os seres humanos devem ser capazes de querer aquilo que é moralmente justificado por meio de um imperativo categórico (HABERMAS, 1985).

Em sua ética do discurso, Habermas (1985) substitui o papel assumido pelo imperativo categórico kantiano para o procedimento da argumentação moral por um novo método de argumentação, o *princípio “D”*:

[A]s únicas normas que têm o direito a reclamar validade são aquelas que podem obter a anuência de todos os participantes envolvidos num discurso prático. O imperativo categórico desce ao mesmo tempo na escala, transformando-se num princípio de universalização «U», que nos discursos práticos assume o papel de uma regra de argumentação: no caso das normas em vigor, os resultados e as consequências secundárias, provavelmente decorrentes de um cumprimento geral dessas mesmas normas e a favor da satisfação dos interesses de cada um, de poder ser aceito voluntariamente por todos (HABERMAS, 1991, p. 16).

Habermas (1991) denomina *ética do discurso* o método de argumentação para avaliar normas com base num princípio moral (o *princípio “D”*) com fundamento em um *princípio de universalização “U”*.¹³ Em *Moral und Sittlichkeit*, Habermas (1985) deixa claro que sua ética (*Ethik*) é *universalista* por não se ocupar apenas de uma cultura ou época específica. Sua reformulação teórica da ética kantiana propôs um princípio moral capaz de considerar válidas normas que possam ser observadas e aceitas livremente por todos. No entanto, Habermas (1985, p. 1.041, tradução nossa) está ciente dos desafios e dificuldades de propor uma ética universal que não “reflita apenas os preconceitos do centro-europeu adulto, branco, masculino e educado na burguesia de hoje”.

¹³ Para a fundamentação da ética do discurso, ver Habermas (2013, p. 61-142).

Uma das questões centrais da Filosofia do Direito é a investigação sobre a conexão (ou não) entre o Direito e a Moral (TRIVISONNO, 2019). Neste texto, contudo, o foco é a relação entre o conceito habermasiano de ética, baseado na crítica da moralidade kantiana, e o Direito.¹⁴

Em sua teoria do Direito, Habermas (2003b) explica que a política deliberativa ocupa o centro do processo democrático. Para ele, pode-se compreender a democracia como uma sociedade centrada em um Estado protetor das relações econômicas (conceito liberal) ou como uma comunidade ética institucionalizada na forma de Estado (conceito republicano). A primeira perspectiva funda-se nos compromissos de interesse, na composição e nos direitos fundamentais liberais que devem assegurar a equidade dos resultados e o direito igual e geral ao voto. A segunda é a republicana, em que a formação democrática da vontade deve ser alcançada por meio de um entendimento ético-político que valorize o processo deliberativo e vise ao consenso entre os sujeitos privados. Para Habermas (2003b, p. 19), sua “teoria do discurso assimila elementos de ambos os lados, integrando-os no conceito de um procedimento ideal para a deliberação e a tomada de decisão”.

Nas sociedades democráticas, é possível analisar os direitos privados sob o ponto de vista ético. Habermas retoma o *princípio da liberdade jurídica*, um princípio privado clássico, que exige “que se propicie ao indivíduo, no limite das possibilidades legais e concretas, elevado grau de liberdade que lhe permita fazer ou deixar de fazer o que lhe aprouver” (ALEXY apud HABERMAS, 2003b, p. 135). Tal princípio coincide com o direito universal do homem formulado por Kant, segundo o qual os indivíduos dispõem do mais alto grau possível de liberdade e igualdade nas ações subjetivas.

O princípio da liberdade jurídica possibilita que a pessoa ética configure e concretize seu próprio projeto de vida de forma autônoma e racional. A liberdade positiva da pessoa ética realiza-se na comunidade, na qual as biografias individuais se enlaçam intersubjetivamente num quadro de tradições comuns. Para Habermas (2003b), a liberdade positiva é uma liberdade ética que, por um lado, não depende de regulação jurídica e, por outro, não é possível sem a liberdade jurídica. Assim, os direitos privados clássicos protegem a liberdade individual para que “a pessoa ética possa sair do casulo do sujeito de direito e documentar, de certa forma, o valor de uso, ético e metajurídico, da liberdade jurídica” (HABERMAS, 2003b, p. 136).

Sobre a relação entre ética e direito em Habermas, outro ponto que merece destaque é a questão da validade das normas. Habermas (2003a,

¹⁴ Sobre a relação entre Direito e Moral, ver Dias (2020).

p. 195) afirma que “normas jurídicas são impostas, o momento da sua validade ou da aceitabilidade racional, presente na dimensão da validade jurídica, se liga à validade ou aceitação social”. Habermas entende que o Direito funciona como um *medium* apto a garantir a fundamentação e aplicação de normas jurídicas capazes de regular os conflitos de uma comunidade jurídica concreta. Em situações problemáticas, que exigem a cooperação para atingimento de fins coletivos, os discursos de fundamentação precisam lançar mão do uso *pragmático e ético-político* da razão prática¹⁵. Nesse contexto, a ética do discurso revela-se capaz de garantir a validade das normas jurídicas:

Mesmo que a sua esfera de validade seja restrita, as normas jurídicas também revelam uma pretensão de concordar com as normas morais, portanto de não infringi-las. Aqui, porém, as razões morais não possuem uma seletividade *suficiente*. Normas jurídicas são válidas, mesmo quando justificadas por meio de razões pragmáticas e ético-políticas, ou quando representam o resultado de um compromisso leal. Na fundamentação de normas jurídicas, é preciso usar a razão prática em toda sua extensão (HABERMAS, 2003a, p. 196, grifo do autor).

Para Habermas (1991), as razões éticas atreladas a questões políticas podem auxiliar na fundamentação de normas jurídicas, independentemente de razões morais. No contexto da reflexão sobre ética e direito, Habermas utiliza como exemplo a questão do aborto, tema complexo e de difícil solução nas diferentes comunidades éticas. Entre as razões para a dificuldade de

solução está o fato de ser uma questão moral em sentido rigoroso que “nunca poderá ser resolvida do ponto de vista moral” (HABERMAS, 1991, p. 161). Pode-se, então, buscar uma solução com fundamento no conceito de *ética* de Habermas e na análise do aborto do ponto de vista de indivíduos e grupos com suas formas de vida particulares. Essa perspectiva permitiria reformular a questão e “poderiam surgir diversas respostas válidas consoante o contexto, o horizonte de tradição e o ideal de vida” (HABERMAS, 1991, p. 161). Segundo o autor, o Direito atua como um *medium* na fundamentação de normas válidas, que têm a pretensão de serem justas por serem racionais e reciprocamente aceitas por todos os afetados. Ética e Direito, portanto, relacionam-se diretamente às questões referentes à justiça. Para Habermas (2003a, p. 202, grifo do autor),

[e]m discursos ético-políticos, nós nos certificamos de uma configuração de valores sob o pressuposto de que nós ainda não sabemos o que queremos realmente. Em discursos desse tipo, é possível fundamentar programas, na medida em que eles são adequados e, num sentido amplo, bons para nós. No entanto, uma boa fundamentação precisa levar em conta um outro aspecto – o da justiça. Antes de querer ou aceitar um programa, é preciso saber se a prática correspondente é igualmente boa para todos. Com isso desloca-se, mais uma vez, o sentido da pergunta: “o que devemos fazer?”

O conceito de *ética* habermasiano e sua relação com o Direito é um elemento fundamental nas recentes reflexões sobre justiça. Rainer Forst, em sua tese de doutorado defendida em 1993 no Departamento de Filosofia da Universidade Johann Wolfgang Goethe, em Frankfurt am Main, sob a orientação de Jürgen Habermas, lançou o seguinte questionamento: “A ‘justiça’ não significa sempre alguma coisa diferente, dependendo [de] cada época e cultura [...]?”

¹⁵ Para Habermas (2003a, p. 200-202), as *questões pragmáticas* “colocam-se na perspectiva de um ator que procura os meios apropriados para a realização de fins que já são dados”. Por sua vez, as *questões ético-políticas* “colocam-se na perspectiva de membros que procuram obter clareza sobre a forma de vida que estão compartilhando e sobre os ideais que orientam seus projetos comuns de vida”.

A justiça ainda apela a conceitos [...] universalistas comuns?” (FORST, 2010, p. 7).

Caso se considere que a justiça pode variar de acordo com a época e a cultura – seja livre, portanto, de conceitos universalistas –, será possível afirmar-se que a justiça guarda forte ligação com a ética no sentido habermasiano. Em outras palavras, ao garantir a liberdade ética e jurídica dos integrantes de determinada comunidade ética por meio de um procedimento racional comunicativo baseado em uma ética do discurso, pode-se chegar a normas que atendam aos preceitos de justiça.

4 Conclusão

Neste estudo investigou-se o conceito de *ética* em Lima Vaz e em Jürgen Habermas, e seus reflexos na Filosofia do Direito.

Analisou-se inicialmente o conceito de *ética* como ciência do *ethos* em Lima Vaz, sua relação com o desenvolvimento de sociedades políticas e com os hábitos e costumes do grupo (*ethos*). Segundo o autor, o sujeito ético exerce sua *práxis* no seio de uma comunidade que se particulariza no *ethos* histórico e na tradição ética. Para que as normas possam reger a *práxis* do indivíduo e assegurar sua participação equitativa em busca do bem comum, o *ethos* histórico da comunidade precisa singularizar-se por meio do Direito.

Em seguida abordou-se o conceito de *ética* em Jürgen Habermas e sua relação com o Direito. Sua ética, a ética do discurso, define-se como um procedimento moral capaz de auxiliar na fundamentação de normas válidas, sejam elas baseadas na moral, em questões pragmáticas ou ético-políticas. Para o autor, a ética refere-se ao autoentendimento coletivo de determinado grupo em relação às suas próprias tradições e valores. Na perspectiva habermasiana, as normas validadas por meio de um procedimento comunicativo refletem os valores, tradições e anseios de um grupo, ou seja, de determinada comunidade ética. O Direito funciona como um *medium* capaz de fundamentar essas normas.

Apesar das diferenças entre os conceitos de ética de Lima Vaz e de Habermas, conclui-se que ambos se relacionam com o que representa e respeita os hábitos e costumes de um grupo. Tanto num caso quanto no outro, a relação com o Direito ocorre no momento da escolha e fundamentação das normas jurídicas que regulam a vida e as relações na comunidade com vistas ao bem comum e à materialização da justiça.

As reflexões apresentadas neste artigo podem servir de base para novas investigações sobre as relações entre Ética, Moral, Direito e Política. Os diferentes conceitos de *ética* apresentados por Lima Vaz e Habermas

auxiliam, por exemplo, na compreensão ou mesmo na crítica da teoria da justiça de Rainer Forst, de forte influência habermasiana.

Sobre o autor

Saulo de Tarso Fernandes Dias é mestre em Filosofia pela Faculdade Jesuíta de Filosofia e Teologia, Belo Horizonte, MG, Brasil; doutorando em Direito na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor do Instituto de Desenvolvimento Tecnológico da Fundação Getúlio Vargas, Belo Horizonte, MG, Brasil; oficial do Exército brasileiro, Belo Horizonte, MG, Brasil.

E-mail: profsaulodias@gmail.com

O presente trabalho, realizado com o apoio da Capes (código de financiamento 001), vincula-se ao projeto de pesquisa do autor e ao grupo de pesquisa credenciado pelo CNPq, “Direito e Razão Prática”, coordenado pelos professores Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno e Júlio Aguiar de Oliveira, ambos da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Como citar este artigo

(ABNT)

DIAS, Saulo de Tarso Fernandes. Dois conceitos de Ética e alguns de seus reflexos na Filosofia do Direito. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 60, n. 239, p. 189-206, jul./set. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/239/ril_v60_n239_p189

(APA)

Dias, S. de T. F. (2023). Dois conceitos de Ética e alguns de seus reflexos na Filosofia do Direito. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 60(239), 189-206. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/239/ril_v60_n239_p189

Referências

DIAS, Saulo de Tarso Fernandes. *A relação entre direito e moral em Jürgen Habermas*. São Paulo: Dialética, 2020.

FORST, Rainer. *Contextos da justiça: filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo*. Tradução de Denílson Luís Werle. São Paulo: Boitempo, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002. (Humanística, v. 3).

_____. *Comentários à ética do discurso*. Tradução de Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1991. (Pensamento e Filosofia, 52).

_____. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2013. (Biblioteca Tempo Universitário, 84).

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a. v. 1. (Biblioteca Tempo Universitário, 101-102).

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b. v. 2. (Biblioteca Tempo Universitário, 101-102).

_____. *Moral und Sittlichkeit: Hegels Kantkritik im Lichte der Diskursethik*. *Merkur*, [s. l.], n. 442, p. 1.041-1.052, Dez. 1985.

_____. *Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social*. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012a. v. 1.

_____. *Teoria do agir comunicativo: sobre a crítica da razão funcionalista*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012b. v. 2.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Fenomenologia do espírito*. Tradução de Paulo Meneses. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. (Coleção Pensamento Humano).

_____. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: WMF Martins Fontes, 1997. (Clássicos).

JAEGER, Werner. *Paideia: a formação do homem grego*. Tradução de Artur M. Parreira. 6. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. (Clássicos WMF).

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2011. (A Obra-Prima de Cada Autor, 111).

TOLEDO, Cláudia; MOREIRA, Luiz. Introdução. In: VAZ, Henrique C. de Lima. *Ética e direito*. Organização e introdução de Cláudia Toledo e Luiz Moreira. São Paulo: Landy: Edições Loyola, 2002. p. 9-29.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Estudo introdutório: a teoria discursiva do direito de Alexy e as duas questões fundamentais da filosofia do direito. In: ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1-32. (Fora de Série).

_____. O que significa “a injustiça extrema não é direito”? Crítica e reconstrução do argumento da injustiça no não-positivismo inclusivo de Robert Alexy. *Espaço Jurídico Journal of Law*, Joaçaba, v. 16, n. 3, p. 97-122, 2015. Edição especial. DOI: <https://doi.org/10.18593/ejll.v16i3.9676>. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/9676>. Acesso em: 13 jul. 2023.

VAZ, Henrique C. de Lima. *Escritos de filosofia II: ética e cultura*. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2013. (Coleção Filosofia, n. 8).

_____. *Ética e direito*. Organização e introdução de Cláudia Toledo e Luiz Moreira. São Paulo: Landy: Edições Loyola, 2002.

_____. Ética e justiça: filosofia do agir humano. *Síntese Nova Fase*, Belo Horizonte, v. 23, n. 75, p. 437-453, 1996. Disponível em: <https://www.faje.edu.br/periodicos/index.php/Sintese/article/view/962>. Acesso em: 13 jul. 2023.

_____. Ética e razão moderna. *Síntese Nova Fase*, Belo Horizonte, v. 22, n. 68, p. 53-84, 1995. Disponível em: <https://www.faje.edu.br/periodicos/index.php/Sintese/article/view/1132>. Acesso em: 13 jul. 2023.

Aspectos processuais penais da garantia da não autoincriminação nas Convenções Americana e Europeia de Direitos Humanos

BRENNO GIMENES CESCA

Resumo: Neste artigo pesquisam-se os principais aspectos processuais penais da garantia contra a autoincriminação nas Convenções Americana e Europeia de Direitos Humanos. Após breve histórico dessa garantia e sua previsão nesses diplomas, investiga-se seu conteúdo processual penal essencial relacionado ao interrogatório do acusado e à obtenção e produção de provas dependentes do concurso do imputado. Na sequência, procede-se ao estudo de julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Europeia de Direitos Humanos, e à sua análise comparativa. Apresentam-se, por fim, as conclusões do estudo.

Palavras-chave: garantia contra a autoincriminação; Convenções Americana e Europeia de Direitos Humanos; Cortes Interamericana e Europeia de Direitos Humanos; jurisprudência.

Criminal procedural aspects of non-self-incrimination in the American and European Human Rights Conventions

Abstract: This paper aims the main criminal procedural aspects about non self-incrimination guarantee in the American and European Human Rights Conventions. After a brief historic of this guarantee and its discipline in the referred treaties, it is presented its essential criminal procedural content related to the interrogation and the production of evidence dependent on the defendant collaboration. Subsequently, case studies from both the American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights, and their comparative analysis are carried out. Finally, the conclusions of the study are presented.

Recebido em 13/2/23

Aprovado em 11/5/23

Keywords: non self-incrimination guarantee; American and European Human Rights Conventions; American and European Human Rights Courts; case law.

1 Introdução

No presente trabalho pretende-se investigar aspectos processuais penais da garantia contra a autoincriminação nas Convenções Americana (CADH) e Europeia de Direitos Humanos (CEDH). Essa garantia, a despeito de já bastante estudada, atualmente é fonte de questionamentos, sobretudo diante do avanço de novos meios de obtenção de prova, como os tecnológicos, e sua extensão tem sido muito debatida, além do mero direito ao silêncio¹.

Inicialmente, será apresentado um breve histórico da garantia contra a autoincriminação e analisada sua inserção nas convenções internacionais de direitos humanos. Pelo recorte metodológico adotado e o caráter restrito da investigação, não será estudado o sistema internacional de proteção de direitos humanos.

Na sequência, será discutido o conteúdo processual penal essencial da garantia em debate, primordialmente à luz da doutrina e com algumas referências aos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), atendendo-se à sua aplicação em dois aspectos principais: no interrogatório e na obtenção e produção de provas dependentes do concurso do acusado. Esclareça-se que se farão poucas referências ilustrativas e que não é objeto deste sucinto trabalho o estudo do ordenamento e da jurisprudência nacionais.

A parte seguinte analisará os casos *Cabrera García y Montiel Flores v. México* (2010) e *Pollo Rivera v. Peru* (2016), da Corte IDH. Do TEDH será estudado o caso *John Murray v. Reino Unido* (1996), em cotejo com *Funke v. França* (1993), além do caso *Jalloh v. Alemanha* (2006), em comparação com *Gäfgen v. Alemanha* (2010).

Finalmente serão aduzidas as principais conclusões desta investigação.

A importância do estudo é justificada pela incorporação da CADH ao ordenamento brasileiro (Decreto nº 678/1992) e pela sujeição do Brasil à jurisdição da Corte Interamericana (Decreto Legislativo nº 89/1998). É

¹ Silva (2013, p. 361-362) critica a observação feita por Rogall, em 1997, de que os problemas fundamentais relacionados a essa garantia se mostravam resolvidos.

fundamental, pois, analisar as garantias processuais penais à luz da CADH e da jurisprudência da Corte Interamericana, e a enriquecedora comparação entre a normativa americana e a europeia.

O pequeno porte da pesquisa não permite a análise exaustiva da jurisprudência das Cortes Interamericana e Europeia de Direitos Humanos. Assim, focalizam-se basicamente os casos selecionados e acrescentam-se referências ilustrativas a alguns outros. Tampouco é viável o estudo exauriente das questões processuais penais relativas à garantia em discussão. Serão abordados apenas alguns aspectos principais e deixados de lado outros igualmente interessantes e atuais, como a sua aplicação a pessoas jurídicas, a processos não penais, aspectos de Direito material, entre outros.

No presente estudo são utilizados os métodos dialético, dedutivo e comparativo, além de coleta de jurisprudência.² Na análise dos textos estrangeiros, emprega-se necessariamente o método comparativo.

2 Breve histórico da garantia contra a autoincriminação

A garantia da não autoincriminação, derivada da máxima *nemo tenetur se detegere* – “ninguém é obrigado a se descobrir” (QUEIJO, 2003, p. 4)³ – firmou-se durante o Iluminismo; e, segundo Tucci (2009, p. 299), tem sido destacada a partir de sua inscrição na Constituição Americana pela

² Os significados desses métodos são os propostos por Marchi (2009, p. 86-87). Assim, método dialético é a “análise e discussão das posições doutrinárias antagônicas em face de cada argumento ou problema”; método comparístico, a seu turno, a “abordagem do Direito comparado”.

³ Outros brocardos, como expõe a autora, também exprimem o princípio: *nemo tenetur edere contra se*, *nemo tenetur se accusare*, *nemo tenetur se ipsum prodere*, *nemo tenetur detegere turpitudinem suam* e *nemo testis contra se ipsum*.

5ª Emenda, de 1791, que estabelece: “ninguém poderá ser constrangido a depor contra si próprio”;⁴ norma que traduz, na linguagem do *common law*, o *privilege against self-incrimination*. Contudo, o mesmo autor localiza a origem desse direito muitos séculos antes no *ius commune* e no processo penal canônico, no qual vigia a regra de que “ninguém pode ser compelido a depor contra si mesmo, porque ninguém é obrigado a autoincriminar-se” (TUCCI, 2009, p. 299)⁵.

Queijo (2003, p. 5-26) afirma que o princípio da não autoincriminação era desconhecido na Grécia e Roma antigas e incompatível com o processo penal inquisitório na Idade Média, no qual o acusado tinha o dever de responder às indagações que lhe eram feitas e era comum o emprego de métodos coercitivos, inclusive a tortura, para se extrair sua confissão.

O desenvolvimento do direito à não autoincriminação ocorreu apenas com o processo penal acusatório: o acusado deixa de ser mero objeto de prova e torna-se sujeito de direitos (O'REILLY, 1994, p. 407-423).⁶ Nesse contexto, foi imprescindível o reconhecimento do direito à defesa técnica, exercida por advogado (RODRIGUES; QUEIROZ, 2016, p. 57).

Trata-se atualmente de garantia universal, presente na quase totalidade dos ordenamentos jurídicos democráticos, constituindo direito fundamental de primeira geração, uma vez que tutela o indivíduo contra excessos praticados pelo Estado e representa, também pelo mesmo motivo, garantia de liberdade (QUEIJO, 2003, p. 54-56).

⁴ A redação original da norma estadunidense: “No person [...] shall be compelled [...] to be a witness against himself” (UNITED STATES, [1992], p. 11).

⁵ A redação da norma canônica em latim: *nemo tenetur prodere seipsum, quia nemo tenetur detegere turpitudinem suam*.

⁶ Ferrajoli (2006, p. 560) anuncia o *nemo tenetur se detegere* “como a primeira máxima do garantismo processual penal acusatório”.

3 A previsão do *nemo tenetur se detegere* nas Convenções Americana e Europeia de Direitos Humanos

A CADH, conhecida também como *Pacto de San Jose da Costa Rica* e aprovada em novembro de 1969, estabeleceu, entre as garantias processuais mínimas outorgadas a todo acusado, o “direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a declarar-se culpado” (8º, 2, “g”) (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, [1969]).

A CEDH – aprovada em 1950 e em vigor a partir de 1953 – não dispõe sobre essa garantia, mas na Corte Europeia está consolidada a jurisprudência de que se trata de garantia universal, ínsita no justo processo disciplinado pelo seu art. 6º (CONSELHO DA EUROPA, [2013]), entendimento secundado pela doutrina^{7 8}.

A mesma garantia também é prevista no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), no art. 14, § 3º, “g”, ao dispor que toda pessoa acusada de um crime tem direito a “não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada” (NAÇÕES UNIDAS, 1992).

4 Anotações sobre o conteúdo processual penal essencial da garantia à não autoincriminação

Pelo recorte metodológico adotado serão abordados aspectos processuais penais da garantia em debate. Todavia, é necessário esclarecer antes que o privilégio contra a autoincriminação constitui regra de exclusão probatória por razões extraprocessuais (GOMES FILHO, 1997, p. 98). É cediço que a reconstrução histórica dos fatos deve ser feita respeitando-se todos os ditames constitucionais e legais. Ou seja, a verdade processual não pode ser buscada a qualquer preço, com atropelo de garantias conquistadas pela civilização no decorrer da história. Para preservar os valores mais caros à sociedade são previstas as regras de exclusão probatória, pois a admissibilidade de determinadas provas poderia

representar um atentado à integridade física ou psíquica, à dignidade, à liberdade ou à privacidade das pessoas, à estabilidade das relações sociais, à segurança do próprio Estado, etc.; são casos em que razões externas ao processo justificam o sacrifício do ideal de obtenção de

⁷ O primeiro caso em que o TEDH reconheceu essa garantia foi em *Funk v. França* (1993) (SILVANO, 2017, p. 184). A partir daí sedimentou-se a jurisprudência, podendo ser citados, entre outros, os casos *John Murray v. Reino Unido* (1996) e *Jalloh v. Alemanha* (2006). Na doutrina, Chiavario (2001, p. 198-199) reconhece essa garantia na CEDH.

⁸ Gomes Filho (1997, p. 112) frisa ser “bastante sintomático que, dentre os textos internacionais de direitos humanos, apenas a Convenção Europeia não a consagre”.

uma verdade processual mais próxima à realidade dos fatos (GOMES FILHO, 1997, p. 98).

Portanto, é imprescindível analisar o conteúdo do *nemo tenetur se detegere* no interrogatório e na obtenção e produção de provas dependentes do concurso do imputado.

4.1 O *nemo tenetur se detegere* no interrogatório

O *nemo tenetur*, verdadeiro marco a delimitar as fronteiras entre o processo inquisitório e o acusatório (SILVA, 2013, p. 364), desenvolveu-se juntamente com o sistema acusatório. No sistema inquisitório, o réu, objeto de prova, era obrigado a falar, e sua confissão era considerada a “rainha das provas”. O sistema acusatório deve primar por demonstrar a hipótese acusatória por elementos probatórios que prescindam da colaboração do réu; ou seja, a confissão tem valor probatório relativo e não pode por si só forjar uma condenação criminal (UBERTIS, 1997, p. 66-67).⁹ Aliás, sustentamos ser o interrogatório eminentemente meio de defesa e eventualmente meio de prova. Apenas quando o réu confessa configura-se o interrogatório meio de prova, e a confissão é introduzida no processo como elemento probatório.¹⁰ Assim, o *nemo tenetur se detegere* primeiramente se traduz no direito do acusado ao silêncio, sendo vedado que dele se extraíam consequências negativas para a defesa.¹¹ No processo penal, ao contrário do que ocorre no processo civil, é inviável falar-se em “confissão ficta” (GREVI, 1972, p. 45-47). Aplica-se essa garantia a todos os interrogatórios realizados no curso da persecução penal – e a todos os acusados, sem qualquer distinção entre réus soltos ou presos.¹²

Ainda que não tenha sido formalmente acusado ou indiciado, tem direito ao silêncio todo indivíduo suspeito da prática de uma infração penal, e tal direito pode ser invocado até mesmo por pessoas arroladas como testemunhas (TONINI, 2002, p. 126-128).¹³ Dessa forma, por

⁹ O autor menciona a possibilidade de a confissão ser feita por um mitômano ou para esconder a responsabilidade penal de outro crime ou de outrem.

¹⁰ A questão é polêmica e descabe, neste breve trabalho, aprofundá-la. Sem prejuízo de outras fontes, ver Cesca (2016, p. 19-21).

¹¹ O art. 198 do Código de Processo Penal (CPP), não recepcionado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), foi tacitamente revogado pela Lei nº 10.792/2003, que acrescentou o parágrafo único ao art. 186, dispondo que “o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa” (BRASIL, [2022b]). Nesse sentido, ver Silva (2010, p. 157-158).

¹² Ao se referir ao preso no art. 5º, LXIII, a CRFB (BRASIL, [2022a]) revela apenas sua preocupação com a pessoa capturada, mas não exclui dessa garantia o réu solto, como explicam Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2011, p. 77-78).

¹³ Assim decidiu o Tribunal Europeu de Direitos Humanos no caso *Serves v. França* (1997).

exemplo, uma pessoa que em processo de tráfico de drogas teve entorpecente apreendido em seu poder em “biqueira” não pode ser compelida a responder a perguntas sobre esse fato como testemunha compromissada em processo criminal a que responde o indivíduo que lhe vendeu essa droga, na medida em que o porte de droga para uso próprio também configura crime.

Mesmo em se tratando de testemunha compromissada, chamada a responder a fatos dos quais não participou, se alguma pergunta que lhe for feita puder comprometê-la criminalmente, ela pode recusar-se a responder. Sobre essa indagação, o juiz não deve manter o compromisso de dizer a verdade (CHIAVARIO, 2001, p. 198-199).¹⁴

A faculdade de não comparecer a seu interrogatório decorre do direito do réu ao silêncio (DAMAŠKA, 1991, p. 218). Todavia, em alguns ordenamentos, como o brasileiro, em que a audiência de instrução é una, pode o réu ser compelido a comparecer se for necessária sua presença para a produção de alguma prova, como sua subsunção a reconhecimento pela vítima, tema que será tratado na subseção 4.2. A despeito disso, ele pode recusar-se a participar da parte da audiência em que seria realizado o interrogatório.¹⁵

É dever da autoridade responsável pelo interrogatório informar o réu sobre o direito ao silêncio antes de iniciar a inquirição. A presença de defesa técnica não suprime essa obrigação, e a informação deve ser renovada a cada novo interrogatório (GOMES FILHO, 1997, p. 112).

Predomina o entendimento de que o direito ao silêncio não se estende às perguntas referentes à identificação do acusado, que tem a obrigação de a elas responder com veracidade (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2011, p. 78)¹⁶ e pode, inclusive, responder por crime de falsa identidade (MARTELETO FILHO, 2012, p. 70).

No exercício do *nemo tenetur se detegere*, é direito do acusado escolher a quais perguntas responderá e silenciar sobre todas ou algumas, sem necessidade de qualquer explicação (BADARÓ, 2015, p. 446). Dessa opção defensiva também não podem ser extraídas consequências negativas.¹⁷

¹⁴ Nesse sentido, o autor cita o caso *Saunders v. Reino Unido* (1996).

¹⁵ Em nosso ordenamento, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 444 para declarar “a incompatibilidade com a Constituição da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, tendo em vista que o imputado não é legalmente obrigado a participar do ato, e pronunciar a não recepção da expressão ‘para o interrogatório’, constante do art. 260 do CPP” (BRASIL, 2018, p. 3).

¹⁶ Deve-se ressaltar que a obrigação é regra geral em relação à identificação do réu. Quanto a outras perguntas da primeira parte, a depender da natureza do crime a que responde, pode o imputado exercer o direito ao silêncio se sua resposta puder incriminá-lo.

¹⁷ Discorda-se, assim, do pensamento de Malaquias (2014, p. 168), que admite haver reflexos negativos na abstenção do réu de responder apenas a algumas perguntas, diante da inconsistência de defesa dessa sorte.

Quando exercido, o silêncio não comporta valoração, não tem qualquer valor heurístico ou epistêmico, e é injurídica a sua consideração como elemento para a formação do convencimento do julgador, seja para condenar o réu, fixar sua pena ou mesmo fundamentar a aplicação de medida cautelar (QUEIJO, 2003, p. 217-219).

Contudo, nada impede que fiquem registradas as perguntas a que o réu deixou de responder – o que, aliás, tem sido prática recorrente, uma vez que a grande maioria dos interrogatórios é registrada pela captação de imagem e vídeo, ficando integralmente documentado o ato processual. No entanto, não é compatível com o direito ao silêncio o juiz indagar ao réu as razões pelas quais optou por silenciar.¹⁸

A única consequência admissível do silêncio é a perda da oportunidade de o imputado fornecer sua versão dos fatos ou mesmo noticiar a existência de fontes de prova desconhecidas do caderno processual, como um álibi (QUEIJO, 2003, p. 221).

A garantia ao silêncio implica a proibição do emprego de fraude ou coação para prestar declarações (ANDRADE, 1992, p. 121). Por conseguinte, além do emprego de tortura, é proibida a formulação de perguntas obscuras, capciosas, ameaças ou a oferta de vantagens ilegais, bem como o emprego de métodos ou técnicas que afetem a liberdade de manifestação, como o detector de mentiras, o soro da verdade ou a hipnose (GOMES FILHO, 1997, p. 116-117).

Acerca desse pormenor, diante do avanço das neurociências, tem-se discutido o emprego no processo penal de modernos exames de imagens, que supostamente detectariam mentira do réu. O primeiro desses exames, denominado *brain fingerprinting* ou “exame neurológico P300”, permitiria averiguar se o investigado tem em sua memória registros que apenas o culpado teria acerca de circunstâncias do delito, especialmente o local. Dessa maneira, por exemplo, se ele negasse conhecer o palco do crime, o exame poderia revelar que ele já estivera lá. Um segundo exame é a ressonância magnética funcional, que exhibe a atividade cerebral envolvida na execução de uma tarefa determinada. A utilização desse exame poderia demonstrar a falsidade da declaração do imputado, razão pela qual tem sido denominado o “detector de mentiras do terceiro milênio” (SILVA, 2015-2019, p. 206-211). Todavia, a utilização dessas técnicas sem o consentimento do indivíduo, assim como a das mais antigas, esbarra no mesmo problema, pois invade um núcleo indevassável da intimidade

¹⁸ Ao contrário, Queijo (2003, p. 109) advoga ser incompatível com o direito ao silêncio o registro das perguntas não respondidas pelo réu, propugnando a não recepção pela Constituição do já revogado art. 191 do CPP. Em edição anterior de sua obra, ao interpretar o art. 191 conforme à Constituição, Grinover, Gomes Filho e Fernandes (1995, p. 74) sustentavam que o juiz podia consignar as perguntas que o réu deixou de responder, mas era inviável que ele fosse indagado acerca das razões por que deixava de fazê-lo.

do indivíduo – o conteúdo de sua mente – e fere de morte a liberdade de declaração assegurada pelo *nemo tenetur se detegere* (SILVA, 2015-2019, p. 215-217).¹⁹ Além da barreira normativa a desautorizar o emprego coativo dessas ferramentas mesmo com o consentimento do réu, deve-se ressaltar não ser seguro o seu valor epistemológico, pois no atual estágio da ciência estão sujeitas a falhas.²⁰

Além de garantir a não autoincriminação, a CADH proíbe o emprego de tortura (art. 5.2) (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, [1969]) e prescreve o direito de toda pessoa ter respeitada a sua integridade física e moral (art. 5.1). Por sua vez, a CEDH proscreve a tortura em seu art. 3.^o (CONSELHO DA EUROPA, [2013]). Quanto à confissão, a Convenção Americana condicionou sua validade à ausência de coação de qualquer natureza (art. 8.3).

Além do direito ao silêncio, a garantia da não autoincriminação relativamente ao interrogatório, outorga ao acusado a liberdade de declaração (ANDRADE, 1992, p. 121), que tem íntima relação com seu direito de audiência. Como é de conhecimento geral, não se exige do réu que, ao desejar responder às perguntas, diga a verdade. Nesse caso, a mentira é um indiferente jurídico, conquanto não se possa falar em “direito à mentira”, o que implicaria a necessidade de o Estado garanti-lo.²¹ Sem embargo, se a mentira adquire

relevância jurídica quando tipifica a prática de crime, o direito ao silêncio não outorga qualquer imunidade ao réu. No ordenamento brasileiro, por exemplo, se presentes as elementares dos respectivos crimes, o acusado que mentir pode ser processado pelos delitos de autoacusação falsa, denúncia caluniosa ou calúnia (QUEIJO, 2003, p. 235).²²

4.2 O *nemo tenetur se detegere* na obtenção e produção de provas dependentes do concurso do imputado

Originalmente restrito ao direito ao silêncio, o *nemo tenetur se detegere* ganhou novos contornos, erigindo-se em garantia contra a autoincriminação, expressa na máxima de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo.

Em alguns casos, a leitura exacerbada dessa garantia poderia redundar em verdadeira inviabilidade de produção de prova essencial à apurada reconstrução histórica dos fatos.²³ Por outro lado, na atual fase do desenvolvimento do processo penal, de natureza acusatória, é basilar que se faça a reconstrução histórica dos fatos sem a necessidade de concurso do acusado, sujeito de direito processual e não mero objeto de prova, de modo que também não é aceitável a posição que restringe a aplicação da garantia apenas ao interrogatório.²⁴

¹⁹Sobre a questão, conclui peremptoriamente a autora: “No momento atual, em que os olhos se voltam atraídos a cada instante pelo magnetismo irremediável das coisas novas, a prudência recomenda reflexões mais demoradas e profundas, que não hesitem em afrontar diretamente os problemas ocultos sob a ‘espuma dos dias’, evitando-se, assim, que se produzam no processo *perigosas involuções*, porventura disfarçadas de *poterosas inovações*” (SILVA, 2015-2019, p. 217, grifos da autora).

²⁰Sobre o tema, ver Silva (2015-2019, p. 208-213).

²¹Grevi (1972, p. 50) aponta que alguns doutrinadores, de posição intermediária sobre a questão, limitam-se a sublinhar a inexistência de sanção jurídica ao imputado que minta em seu interrogatório, citando como partidários

dessa corrente Andrioli, Cantarano, Frosali e Ranieri. Em sentido diverso, Gomes e Mazzuoli (2013, p. 141) defendem que o réu tem o direito de mentir.

²²Badaró (2015, p. 442) também não reconhece o direito à mentira e ressalva que a imputação a outrem da autoria de um crime para defender-se não configura o crime de denúncia caluniosa, podendo o réu responder pelo delito de autoacusação falsa apenas se confessar um crime que não cometeu.

²³Expoente dessa corrente, Giacomolli (2014, p. 193) defende o direito de o réu recusar-se a colaborar na produção de qualquer prova, pouco importando sua natureza.

²⁴Como adepto da posição mais restrita, ver Oliveira (2012, p. 172). Para o autor, as questões relativas às

Por outro lado, entende-se que nenhum direito ou garantia é absoluto. As liberdades públicas devem conviver harmoniosamente, e deve-se proceder a um juízo de ponderação calcado no princípio da proporcionalidade, para alcançar a melhor solução para o caso concreto quando em conflito direitos diversos (BONAVIDES, 2010, p. 425-427).

Assim, em relação à garantia da não autoincriminação na produção ou obtenção de provas que dependem do concurso do réu, comumente estão em jogo diversos direitos: o *jus puniendi* estatal, a segurança pública, a integridade física e saúde do réu, além da dignidade da pessoa humana.

Uma tentativa de equacionar o problema foi a classificação das condutas em ativas e passivas. Nesse cenário, parte da doutrina defende que o acusado não poderia ser compelido a colaborar ativamente na produção probatória – como participar de reconstituição do crime, fornecer material grafotécnico, soprar o bafômetro ou participar de acareação –, mas poderia ser compelido a participar passivamente – como ser submetido a reconhecimento pessoal.²⁵

Todavia, esse critério não é suficiente, na medida em que fica difícil em alguns casos classificar como ativa ou passiva determinada conduta concreta. No reconhecimento pessoal, por exemplo, antes de posicionar-se passivamente, é imprescindível que o réu ativamente se dirija ao fórum e à sala onde o procedimento é realizado. Mesmo durante o ato, é factível que o réu ativamente conspurque sua prática, abaixando a cabeça, fazendo caretas ou deitando-se no solo.

intervenções corporais e à colaboração do réu na produção da prova não se resolvem à luz do *nemo tenetur*, mas em “face da tutela da intimidade, da privacidade, da integridade física e psíquica” (OLIVEIRA, 2012, p. 173).

²⁵ Em sua pesquisa, Córdoba (2005, p. 281) colaciona diversos defensores dessa distinção como critério a validar a restrição ao *nemo tenetur*, entre eles Roxin e Cafferata Nores.

Poderia o acusado ser compelido a não adotar essas práticas que prejudicariam a produção da prova? Esse exemplo denota que mesmo ações aparentemente passivas implicam condutas ativas na preparação e acompanhamento dos atos processuais (CÓRDOBA, 2005, p. 282-288). De outro lado, atuações passivas poderiam implicar maior coerção que suportar passivamente algumas intervenções corporais. O que seria mais gravoso ao réu: soprar o bafômetro ou dele extrair sangue à força? (CÓRDOBA, 2005, p. 288).

Para definir as condutas exigíveis do imputado em consonância com a garantia contra a autoincriminação, uma proposta melhor é a construção de critérios sob o princípio da proporcionalidade. Dessa forma, para serem lícitas, restrições a essa garantia devem atender à legalidade, à necessidade, à adequação e à proporcionalidade em sentido estrito, e ser sujeitas ao controle judicial.²⁶

Nessa direção, Queijo (2003, p. 356-357) defende a limitação da garantia da não autoincriminação com base em lei que observe a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. A restrição deve ser adequada e útil, ou seja, idônea para atingir o resultado almejado – a produção da prova – e resultar em elemento probatório relevante à reconstrução histórica dos fatos (QUEIJO, 2003, p. 358).

Quanto à necessidade, a medida restritiva deve ser a menos gravosa possível. Em outras palavras, não deve haver outra forma de obter ou produzir a prova. Por exemplo: se for possível obter material com DNA em busca e apreensão, é desnecessária a coleta compulsória de sangue (QUEIJO, 2003, p. 358-359).

Invocando critérios comumente utilizados pelo Tribunal Constitucional alemão na análise

²⁶ Para o estudo do princípio da proporcionalidade, entre outras fontes recomenda-se Ávila (2012, p. 182-192).

da proporcionalidade em sentido estrito, Queijo (2003, p. 359) defende o cotejo da gravidade do delito com a da restrição imposta, assim como a ponderação dos indícios da existência do crime e de autoria –, isto é, quanto maior a restrição à garantia, mais grave deve ser o crime e mais forte o *fumus comissi delicti*. Sustenta ainda a autora que em todos os casos deve a produção da prova respeitar a saúde do acusado e sua dignidade (QUEIJO, 2003, p. 360). Para Queijo (2003, p. 361-363), salvo com o consentimento válido do réu, seria inviável a produção ou obtenção de prova mediante intervenção corporal invasiva, como a coleta de sangue. De acordo com seu posicionamento, seria possível a obtenção ou produção de prova: (a) sem o consentimento do réu, apenas mediante intervenção corporal não invasiva, como a radiografia; (b) com a cooperação do réu e sem intervenção corporal, desde que implique apenas participação passiva; e (c) com o consentimento do réu, a produção probatória com sua participação ativa (QUEIJO, 2003, p. 364-365).

Em nosso entendimento, a proporcionalidade é critério aplicável à solução das questões envolvendo o *nemo tenetur se detegere*. Para sua restrição, julgamos imprescindíveis a edição de lei e o atendimento à necessidade, à adequação e à proporcionalidade em sentido estrito, além do respeito à saúde e dignidade da pessoa humana e o controle judicial.

Apesar do mérito, a proposta de Queijo ainda peca por não se desprender da já criticada classificação entre ações ativas e passivas e pela não aceitação radical de qualquer espécie de intervenção corporal invasiva sem o consentimento do réu, mesmo que mínima, como a coleta de sangue ou a extração de poucos fios de cabelo. Contudo, a nosso juízo, a aplicação do princípio da proporcionalidade não impediria, de forma absoluta, a intervenção corporal invasiva, desde que o meio de obtenção de provas respeite os critérios já enunciados, especialmente o respeito à saúde e dignidade da pessoa humana, não seja vexatório ou humilhante.

Para provas em que é necessária a cooperação do réu, também não seria desarrazoada a exigência de determinadas condutas, ainda que ativas, desde que evidentemente não atingissem o núcleo fundamental da garantia em debate. Por consequência, a exigência de participação na reconstituição de um crime ou o fornecimento de material grafotécnico²⁷ aniquilariam por completo o *nemo tenetur* e seriam inadmissíveis.

A obrigação de entrega de documentos no âmbito da persecução penal também não atenderia ao princípio da proporcionalidade, especificamente o requisito da necessidade, pois, se o documento estivesse na posse do réu, a busca e a apreensão seriam suficientes para obtê-lo. Outros

²⁷ Em sentido contrário, admitindo seja o réu compelido a fornecer material grafotécnico, ver Oliveira (2012, p. 173-174).

documentos poderiam ser obtidos sem o concurso do imputado, como a quebra do sigilo fiscal ou bancário e a requisição direta às instituições de custódia (COSTA, 2011, p. 181-182).

Por sua vez, a exigência de que o réu se submeta a reconhecimento revela-se plenamente conforme à garantia em debate: dirigir-se ao prédio do fórum e à sala onde se realiza o ato processual e abster-se de macular o ato (abaixar a cabeça, deitar-se no chão ou fazer caretas, por exemplo). Devem-se sopesar as atividades e restrições em busca da justa solução, especialmente em crimes graves e sem testemunhas presenciais, como delitos patrimoniais perpetrados com grave ameaça ou violência e delitos contra a liberdade sexual.²⁸

Nessa linha de raciocínio, a moderna doutrina procura diferenciar entre os meios de prova e os de obtenção de prova que dependem da consciência ou vontade do sujeito por estarem em sua mente – por exemplo, seu depoimento e sua participação na reconstituição dos fatos – e os elementos probatórios que independem desses fatores – como a extração de sangue ou a subsunção a reconhecimento (DE LUCA, 1999 apud ARAUJO, 2020, p. 68).

Em relação aos meios de prova, é incabível qualquer restrição ao *nemo tenetur*: o réu não tem qualquer obrigação de colaborar. Quanto aos meios de obtenção de provas, é viável a relativização da garantia de não autoincriminação, desde que se satisfaçam critérios específicos. Todavia, o tema é controverso, e diversas são as propostas que procuram superar o binômio atividade *versus* passividade.²⁹

Na jurisprudência, apenas na Corte Europeia encontraram-se julgados sobre a questão das intervenções corporais.³⁰ A autoincriminação tem sido analisada pela Corte IDH juntamente com o art. 8.3, que trata da confissão (IBÁÑEZ RIVAS, 2019, p. 305). Sem embargo, na Opinião Consultiva nº 16/99 (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1999), a Corte explicitou que o desenvolvimento histórico do processo incorporou novos direitos processuais, tais como o direito à não autoincriminação.

Em regra, o Tribunal Europeu tem decidido que o direito à não autoincriminação não proíbe, na persecução penal, o uso de elementos

²⁸ Em sentido contrário, sustentando ser inviável submeter o réu compulsoriamente a reconhecimento, ver Giacomolli (2014, p. 193).

²⁹ Entre as novas propostas, Silva (2013, p. 377) destaca “a diferenciação de acordo com o tipo de meio coativo (GRÜNWARD), a previsão de deveres explícitos de colaboração como alternativa às intromissões corporais coativas (NEUMANN), a diferenciação de acordo com o objeto de tutela ou a proteção do arguido como ‘portador de conhecimento’ (REIB) e a diferenciação entre instrumentalização física e espiritual (VARREL)”.

³⁰ Araujo (2020, p. 75) também concluiu pela inexistência de julgados da Corte IDH a respeito das intervenções corporais coercitivas.

probatórios obtidos do acusado com o emprego de meios compulsórios com existência independente da sua vontade (documentos, urina, cabelo, padrão de voz, tecido corporal, sangue) (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1996b). Não obstante, tem considerado que, para a produção ou a obtenção probatória ser reputada válida, não pode abalar a essência da garantia contra a autoincriminação. Assim, devem-se aquilatar: (a) a natureza e o grau da coerção; (b) o interesse público da investigação, ou seja, a gravidade do crime; (c) a existência de alguma salvaguarda relevante no procedimento em favor do acusado, ou seja, a possibilidade de contestação pelo réu do emprego da prova; e (d) o valor probatório do elemento obtido (se decisivo ou não para a condenação) (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2006).

Os mesmos critérios têm sido adotados por diversos ordenamentos (ARAUJO, 2020, p. 148-163) e mostram-se idôneos para a obtenção de elementos de prova dependentes do concurso do imputado.

5 Estudo de casos

5.1 Corte Interamericana de Direitos Humanos: caso *Cabrera García y Montiel Flores v. México* (2010)

5.1.1 Contexto fático e solução dada pelo Poder Judiciário mexicano

Os cidadãos mexicanos Cabrera García e Montiel Flores foram detidos pelo exército mexicano em operação de combate ao tráfico de drogas. No curso do processo, sustentaram haver sido ilegal a detenção e afirmaram terem sido torturados para confessar a prática dos crimes. Ao final, Montiel Flores foi condenado a dez anos de prisão por porte ilegal de arma de fogo

de uso exclusivo das Forças Armadas e plantação de “maconha”. Cabrera García foi condenado a seis anos e oito meses de prisão por porte ilegal de arma de fogo de uso exclusivo das Forças Armadas. A despeito das diversas impugnações feitas pela defesa, a Justiça mexicana confirmou a condenação, desacolhendo a alegação de tortura (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2010).

5.1.2 Decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte IDH ponderou que, quando uma pessoa alega que sua declaração ou confissão foram prestadas mediante coação, os Estados têm a obrigação de verificar essa denúncia. O ônus probatório não pode recair sobre o denunciante, e o Estado tem de demonstrar que a confissão foi voluntária.

No caso em questão, a Corte concluiu ter havido violação do direito à integridade pessoal pelo tratamento cruel, desumano e degradante infligido a Cabrera García e Montiel Flores (art. 5.1 e 5.2, em relação ao art. 1.1 da Convenção Americana). Considerou também que a garantia contra a autoincriminação fora violada por ter sido outorgado valor probatório a declarações e confissões obtidas mediante coação. Além disso, julgou ter ocorrido inversão do ônus probatório em prejuízo dos recorrentes, bem como a presunção de culpabilidade vinculada à admissão de uma série de provas viciadas ou insuficientes.

Ponderou a Corte que a regra de exclusão de provas obtidas mediante tortura ou tratamento cruel ou desumano é reconhecida por vários tratados e órgãos internacionais de proteção de direitos humanos e frisou o caráter absoluto e inderrogável dessa regra. A Corte salientou que a anulação de atos processuais derivados da tortura era uma medida efetiva para cessar as consequências da violação às garantias judiciais

e que a regra de exclusão não se aplicava apenas aos casos de tortura ou tratamento cruel, pois o art. 8.3 da Convenção é claro ao assinalar que a confissão é válida apenas se feita sem coação de qualquer natureza. Sublinhou a Corte que as declarações obtidas mediante coação não são verossímeis, pois tinham sido feitas para cessá-la. Outorgar valor probatório a esse tipo de confissão constitui infração ao direito a um julgamento justo. A regra de exclusão ventilada atinge não apenas a confissão obtida mediante coação como também a prova dela derivada.

Por violar essas e outras normas da Convenção que escapam ao objeto do presente estudo,³¹ o Estado mexicano foi condenado a conduzir investigação penal eficaz para apurar as infrações, pagar custas e despesas processuais, indenização por danos materiais e morais às vítimas, bem como adotar as reformas legislativas pertinentes (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2010).

5.1.3 Jurisprudência correlata da Corte IDH: caso *Pollo Rivera e outros v. Peru* (2016)

Em oportunidades distintas houve a condenação de Pollo Rivera pelos crimes de traição à pátria e colaboração com o terrorismo; o recorrente sustentou, perante a Corte Interamericana, ter sido torturado para confessar e delatar outras pessoas, a despeito de não tê-lo feito (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2016).

Ao julgar a violação da garantia em questão, a Corte voltou a frisar o caráter absoluto da regra de exclusão de provas obtidas ou produzidas mediante coação, seja confissão ou declaração que atribua culpa a outras pessoas. Apontou que no caso a tortura fora empregada para obrigar o recorrente a confessar ou fornecer alguma outra informação, negando-se ele a fazê-lo.

Registrou que um meio de investigação que faça uso de coação deixa de ser válido, pois implica instrumentalização da pessoa e violação da garantia contra a autoincriminação, independentemente do grau de coação e do resultado, pouco importando se houve ou não confissão ou fornecimento de informação. Reconheceu a Corte, assim, a violação ao art. 8.2, “g”, em prejuízo do recorrente.

Vale ressaltar que julgar a prática de coação tendente a extrair confissão é jurisprudência consolidada da Corte IDH. Além dos casos já referidos, podem ser citados os casos *Cantoral Benavides v. Peru* (2000); *Tibi v.*

³¹ Especialmente violação aos arts. 1.1 e 2; 7.3, 7.4 e 7.5; 8.1 e 8.2, “d”; 25.1, da CADH (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, [1969]).

Equador (2004); *López Álvarez v. Honduras* (2006); e *Montesinos Mejía v. Equador* (2020).

Por sua vez, em *Castillo Petruzzi e outros v. Peru* (1999), a Corte decidiu que a exortação do juiz para que os acusados dissessem a verdade não implicou violação à garantia do art. 8.3, uma vez que não consistiu em ameaça de pena ou qualquer consequência jurídica desfavorável (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1999).

5.2 Corte Europeia de Direitos Humanos: caso *John Murray v. Reino Unido* (1996)

5.2.1 Contexto fático

Houve sequestro de um integrante do IRA “convertido” em informante policial. No instante em que ocorreu o “estouro do cativo”, em seu interior foi localizado, além da vítima, o recorrente John Murray descendo as escadas em direção ao hall de entrada da residência.

A prova dos autos também revelou que: (a) no curso do sequestro, fora gravada declaração da vítima em que, sob ameaça de morte, admitira ser informante da polícia; (b) no momento em que os sequestradores notaram a chegada da polícia, foi ordenado que a vítima saísse do quarto em que se encontrava e retirasse a venda dos olhos; (c) depois de retirar a venda dos olhos, o ofendido viu o recorrente na escada, recebeu dele a ordem de descer ao piso inferior e observou que nesse instante ele destruía a fita cassete com a gravação de sua declaração; (d) essa fita cassete foi apreendida parcialmente danificada, com partes da “confissão” audíveis.

Quando da detenção e no curso do processo penal, o recorrente fora advertido de que, embora não fosse obrigado a prestar declarações, essa recusa seria valorada e dela poderiam ser extraídas consequências em seu desfavor, como estabelecia a *Criminal Evidence Northern Ireland Order* (1988). Ele optou por não prestar declarações em ambas as oportunidades, permanecendo silente (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1996a).

5.2.2 Julgamento em primeiro grau de jurisdição

Em primeira instância considerou-se que dos fatos provados diretamente era possível inferir, de acordo com as regras de experiência, o concurso do recorrente no sequestro, independentemente de sua recusa em prestar declarações. Foi ele então condenado a oito anos de prisão pelos delitos de auxílio e incitamento ao sequestro (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1996a).

5.2.3 Decisão em grau de apelação

Argumentando que sua presença na residência, conforme declarações de corrêu, era recente e inocente, interpôs John Murray recurso.

O recurso foi desprovido diante do arcabouço probatório a autorizar a conclusão de que o recorrente participara do sequestro, não ilidido por outras provas, e anotou-se que John Murray se recusara a apresentar versão alternativa à hipótese acusatória (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1996a).

5.2.4 Procedimento perante a Comissão Europeia de Direitos Humanos

Na Comissão Europeia, o esforço conciliatório foi infrutífero. Em 27/7/1994 adotado o informe considerando: (a) não haver violação do art. 6.1 e 2 (direito ao silêncio – 15 votos a favor e 2 contra); (b) haver violação do art. 6.1 em relação ao 6.3 “c” (acesso a advogado – 13 votos a favor e 4 contra); e (c) não haver necessidade de se pronunciar sobre a violação do art. 14 em relação com o art. 6º – 14 votos a favor e 3 contra (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1996a).

Na sequência, o caso foi enviado ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

5.2.5 Decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos

No que diz respeito à garantia objeto de estudo, o problema levado à Corte Europeia consistiu em definir se o direito ao silêncio é absoluto, isto é, se em nenhuma circunstância seu exercício pode ser utilizado em desfavor do acusado ou se é lícito sob certas condições se extraírem dele conclusões em prejuízo do réu. Sobretudo, a grande questão a ser respondida é se há compatibilidade entre o art. 6º da Convenção e juízos probatórios de inferência extraídos de fatos provados aliados à carência de explicação alternativa ou de contraprova, em razão do exercício do direito ao silêncio (COSTA, 2011, p. 146).

No julgamento, o TEDH reafirmou que, ainda que no art. 6º não esteja expresso, não há dúvida de que o direito ao silêncio num interrogatório e o direito de não se autoincriminar são garantias universais e inerentes ao processo justo consagrado nesse artigo.

No caso concreto, pontuou-se que o recorrente pôde ficar silente, a despeito da advertência sobre a possibilidade de se valorar em seu desfavor a recusa em prestar declarações. De fato, seu silêncio foi protegido pelo art. 4.5 da *Criminal Evidence Northern Ireland Order*: o recorrente assumiu a

posição de uma testemunha a quem não se poderia obrigar a declarar (*noncompellable witness*) e seu silêncio não constituiu infração penal ou processual, como *contempt of Court*. O TEDH também lembrou que decisões internas do Reino Unido consideram que o silêncio não deve ser reputado como indício de culpa.

O Tribunal assentou também que se tratava de processo de competência de juiz togado, e não de jurados leigos. Por outro lado, a *Criminal Evidence Northern Ireland Order* exige que as conclusões a que chega o julgador respeitem uma série de garantias processuais.

Antes de se chegar a conclusões com base nos arts. 4º e 6º dessa norma, é necessário advertir o detento/acusado dos efeitos jurídicos de seu eventual silêncio. Além disso, a acusação deve fornecer base probatória (*prima facie case*) contra o réu. Em cada caso deve-se valorar se os elementos probatórios apresentados pela acusação são suficientemente sérios e demonstram, acima de qualquer dúvida razoável, a existência das elementares da norma penal incriminadora. O Tribunal não pode concluir pela culpa do acusado simplesmente porque ele decidiu calar-se.

Apenas nos casos em que as provas produzidas demandem claramente uma explicação do acusado, a sua ausência permite concluir – acima de qualquer dúvida razoável e com base em máximas comuns da experiência – que não existe explicação possível alguma e que o réu é culpado. Em sentido contrário, se o Ministério Público não produziu provas suficientemente sérias, a ausência de explicação do réu não se afigura suficiente para a conclusão de culpa.

Em resumo, segundo o disposto na *Criminal Evidence Northern Ireland Order*, o TEDH concluiu que o juiz pode – à vista dos elementos probatórios produzidos pela acusação a demonstrar culpa acima de qualquer dúvida razoável – extrair as conclusões que considere pertinentes, guiado por regras comuns de experiência.

Na análise do caso em foco, o TEDH asseverou que o Tribunal de apelação considerou os fatos suficientemente provados pela acusação. Diante desse quadro, a ausência de explicação para sua presença na casa, ao reforçar a conclusão derivada da prova acusatória, foi inferência sustentada por regra comum de experiência. Aduziu o TEDH que num grande número de países em que os meios de prova são valorados livremente, os tribunais podem levar em consideração inclusive a maneira como o acusado se comportou ou apresentou sua defesa.

Diante desse panorama, o TEDH concluiu (por 14 votos a 4) ser inaceitável afirmar que as conclusões razoáveis a que se chegou em vista do comportamento do recorrente tenham violado o direito ao silêncio e a garantia contra a autoincriminação, não havendo no caso concreto inversão do ônus probatório, tampouco violação à presunção da inocência (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1996a). Não se violou, pois, o art. 6º, 1 e 2, da Convenção. Nesse caso, o TEDH considerou ter havido violação da garantia de acesso a advogado, com a condenação do Estado a pena pecuniária de 15.000 libras.

5.2.6 Voto divergente do juiz Walsh, acompanhado pelos juízes Makarczyk e Lohmus

O juiz Walsh divergiu da maioria por entender ter ocorrido violação à garantia da não autoincriminação. Argumentou que, antes do diploma que entrou em vigor em 1988, um juiz togado ou júri da Grã Bretanha não poderiam realizar uma inferência de culpa com base no silêncio do réu. Assentou que o ônus da prova no processo penal é sempre da acusação. O silêncio do réu não pode ser valorado como elemento probatório, sob pena de infração dessa garantia.

Walsh rememorou o caso *Griffin v. Califórnia* (1965), que julgou incompatível com a 5ª

Emenda uma lei do Estado que autorizava a Corte a valorar desfavoravelmente ao réu o exercício do silêncio. Citou também o caso *Miranda v. Arizona* (1966), no qual a Suprema Corte definiu que a garantia da não autoincriminação contida na 5ª Emenda assegura ao indivíduo o direito de “ficar em silêncio a menos que ele escolha falar no exercício de sua livre vontade” (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1996a, tradução nossa).

5.2.7 Voto divergente do juiz Pettiti, acompanhado pelo juiz Valticos

Também divergindo, ponderou o juiz Pettiti que o direito ao silêncio é um direito maior. Qualquer restrição a esse direito que autorize inferências negativas contra o acusado não se coaduna com essa garantia. O silêncio em nada acresce ao quadro probatório produzido no bojo do processo.

Consignou também que o princípio se liga à dignidade da pessoa humana e à doutrina da prova ilícita ou ilegítima. O *standard* probatório necessário para uma condenação criminal não deve ser atingido por nenhuma forma de coerção do réu a falar. Apenas assim é que a presunção da inocência é respeitada, além da noção de justo processo (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1996a).

5.2.8 Jurisprudência correlata do TEDH: o caso *Funke v. França* (1993)

Nesse caso, o TEDH foi chamado a deliberar acerca da conformidade entre a garantia contra a autoincriminação e a decisão francesa que condenou o recorrente a sanção pecuniária pela não apresentação de documentos bancários solicitados pela autoridade.

É preciso explicar sucintamente os fatos desse *case*. Após informações fornecidas pelas autoridades fiscais, agentes de serviços aduaneiros, acompanhados por um agente da polícia judiciária, dirigiram-se à residência do recorrente para obter informações detalhadas sobre seus ativos no exterior. O recorrente admitiu ter contas no exterior, mas afirmou não estar em posse de seus extratos. Em busca na residência, foram encontrados e apreendidos extratos bancários estrangeiros. Como esses documentos foram reputados insuficientes para a deflagração de processo penal por crime fiscal, solicitou-se ao recorrente que apresentasse os extratos de suas contas no período de três anos. Como ele se recusou a fazê-lo, foi condenado a multa, além de *astreintes* por cada dia em que persistisse a recusa. A sentença foi confirmada em segunda instância e pela Corte Superior, que rejeitou o argumento de violação do art. 6º.

O TEDH primeiramente considerou o recorrente alvo de investigação criminal, o que lhe garantia o direito à não autoincriminação. Portanto, a determinação coercitiva de apresentação de documentos que poderiam incriminá-lo, sem que se tentasse obtê-los por outros meios, violou o art. 6º da Convenção (8 votos a 1) (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1993).

Essa decisão foi citada num caso anterior, o *John Murray v. Reino Unido*: no voto vencedor distinguiram-se os dois casos, aduzindo-se o alto grau de coerção no *Funke v. França*, a destruir a essência da garantia contra a autoincriminação. Por sua vez, o voto divergente do juiz Walsh foi citado como precedente aplicável ao caso.

5.3 Caso *Jalloh v. Alemanha* (2006)

Policiais em patrulhamento viram o recorrente pegar, por ao menos duas vezes, invólucros plásticos de sua boca e entregá-los a outrem em troca de dinheiro. Suspeitando que essas porções fossem drogas, abordaram o indivíduo que então engoliu uma cápsula com 0,2182 g de cocaína. Preso por suspeita de tráfico, foi conduzido ao hospital para que ali lhe fossem ministrados medicamentos para expelir o invólucro. Como se recusou a submeter-se ao procedimento, foi imobilizado e introduzida uma sonda gástrica pelo seu nariz, pela qual os fármacos foram ministrados, provocando a regurgitação da porção de cocaína (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2006).

5.3.1 Decisão de primeira instância

No curso do processo, a defesa sustentou a ilicitude da prova obtida com manipulação das funções do corpo do recorrente sem seu consentimento. Argumentou que a administração de substâncias tóxicas é proibida pelo Código de Processo Penal alemão e que o meio empregado foi desproporcional, já que seria possível a obtenção do objeto material do crime esperando a cápsula deixar seu corpo naturalmente. O único outro meio permitido pelo Código seria a lavagem estomacal.

A decisão judicial rejeitou a argumentação defensiva, condenando Jalloh a um ano de prisão, com suspensão condicional da pena (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2006).

5.3.2 Decisão da Corte Regional de Wuppertal

A Corte Regional de Wuppertal manteve a sentença parcialmente: decidiu ser válida a prova obtida e reduziu a pena para seis meses. Ressaltou

que a medida, permitida pelo Código de Processo Penal, foi empregada porque a demora poderia frustrar a investigação. Além disso, anotou que o procedimento fora feito por um médico, de acordo com as normas da medicina, que a saúde do réu não fora colocada em risco, e o princípio da proporcionalidade fora respeitado (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2006).

5.3.3 Julgamento da Corte de Apelação de Düsseldorf e da Corte Constitucional alemã

A Corte de Apelação de Düsseldorf manteve o julgamento da Corte Regional, assentando não conter qualquer erro em prejuízo do réu.

Por sua vez, a Corte Constitucional Federal rejeitou o recurso de Jalloh, dispondo que a administração de eméticos não viola a dignidade da pessoa humana ou o direito a não se autoincriminar (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2006).

5.3.4 Decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos

Perante o TEDH, Jalloh sustentou que a administração forçada de eméticos para a obtenção de prova criminal configurou tratamento desumano e degradante proibido pelo art. 3º da Convenção. O uso dessa prova ilegal violara também seu direito a um julgamento justo garantido pelo art. 6º, diante do desrespeito ao princípio da não autoincriminação.

Primeiramente, a Corte considerou que a prova fora obtida em violação ao art. 3º da Convenção, por sujeitar o réu a tratamento desumano e degradante. Ponderou que, a fim de aquilatar se o procedimento tinha abalado a essência da garantia contra a autoincriminação, deve-se avaliar a natureza e o grau da coerção, o interesse público da investigação, a existência de alguma salvaguarda relevante no procedimento em favor do réu (possibilidade de contestação pelo acusado do emprego do meio) e o valor probatório outorgado ao elemento obtido (se decisivo ou não para a condenação).

Por outro lado, a Corte considerou que o direito à não autoincriminação é primeiramente ligado ao respeito à vontade do acusado de permanecer silente. Via de regra, numa persecução criminal, essa garantia não se estende ao uso de elementos probatórios obtidos do acusado com o emprego de meios compulsórios e que tenham existência independente da sua vontade, como documentos, sangue, urina, cabelo, padrão de voz, tecido corporal etc.

Com base nessas premissas, o TEDH estabeleceu que, no caso concreto, a droga obtida não poderia ter sido reputada mero objeto com

existência independente da vontade do réu, especialmente porque o grau de coerção utilizado para sua obtenção difere dos normalmente empregados para a obtenção dos elementos independentes. De fato, em hipóteses como retirada de sangue, cabelo ou tecido corporal é realizada interferência menor na integridade física do acusado, que passivamente a suporta. Quando a participação ativa do réu é exigida, os elementos são obtidos pelo normal funcionamento do corpo, como ar expirado, urina ou padrão vocal.

No caso concreto, a droga fora obtida em procedimento coercitivo que provocou uma reação patológica de seu corpo (vômito) e com risco à sua integridade física e mental. O interesse público na investigação também não guardou proporção com o meio empregado, pois se tratava de pequeno traficante de rua apenado a reprimenda de seis meses de prisão, com suspensão condicional da pena. Finalmente, a obtenção do elemento foi decisiva para a condenação do réu.

Assim, concluiu a Corte, por 11 votos a 6, ter havido ofensa à garantia contra a autoincriminação (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2006). Além das custas e despesas processuais, o Estado foi condenado a pagar ao recorrente dez mil euros por danos morais.

5.3.5 Declaração de voto do juiz Bratza

Em seu voto, o juiz Bratza criticou a decisão por julgar ter havido violação ao art. 6º e invocou critérios normalmente utilizados na análise da garantia contra a autoincriminação. A seu juízo, no caso concreto a violação do art. 3º conduziria, *ipso facto*, e independentemente de outras considerações, à infringência ao justo processo desenhado pelo art. 6º (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2006).

5.3.6 Votos divergentes dos juízes Ress, Pellonpää, Baka e Šikuta

Divergindo da maioria, esses juízes consideraram que a droga obtida no caso pode ser enquadrada na categoria de material com existência independente da vontade do suspeito, cujo uso geral não é proibido no processo penal, e que sua obtenção não violou o art. 3º ou o 8º da Convenção (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2006).

5.3.7 Julgado análogo do TEDH: caso *Gäfgen v. Alemanha* (2010)

Nesse caso foi retomada a discussão acerca da extensão da regra de exclusão probatória, com base no art. 6º, produzida ou obtida em violação ao art. 3º, especificamente em afronta à garantia contra a autoincriminação.

O recorrente fora condenado pelo assassinato de um menino de 11 anos, filho de um banqueiro alemão. Consta dos autos que ele matara a criança e jogara seu corpo num lago. Na sequência, exigiu de seus pais resgate de um milhão de euros. Após pegar o dinheiro no local combinado, foi preso pela polícia, que ainda acreditava estar o menino vivo e que haveria poucas horas para salvá-lo da morte por frio ou fome. No curso do interrogatório, o recorrente recusou-se a indicar onde estava a criança. Um policial, então, disse-lhe que, se não informasse, pessoa treinada em infligir dor viria a seu encontro; nesse instante, também o agrediu fisicamente. O recorrente, então, indicou onde estava a criança, e seu corpo foi encontrado. A autópsia atestou ser sufocamento a *causa mortis*. No local, foram encontrados vestígios dos pneus do carro do recorrente. Perante a polícia e o Ministério Público, o recorrente confessou ter matado o menino.

Impugnando a defesa, já no início da fase processual, essas confissões e as provas delas derivadas, assim como as confissões extrajudiciais foram excluídas, por terem sido obtidas mediante violação do ordenamento jurídico alemão e do art. 3º da Convenção. No curso do processo penal, ciente da exclusão de suas confissões extrajudiciais, o recorrente novamente confessou a prática do crime e foi condenado a prisão perpétua, julgamento mantido por todas as instâncias alemãs, inclusive a Corte Constitucional.

Ao analisar o caso, primeiramente o TEDH pontuou que no caso *Jalloh* a questão da exclusão automática de prova real obtida em violação ao art. 3º tinha ficado em aberto. Ao se debruçar sobre ela, concluiu que a resposta deveria ser positiva. Ou seja, uma prova produzida ou obtida diretamente por tratamento desumano, degradante ou por tortura – em violação, portanto, ao art. 3º da Convenção – implica automática

infração do art. 6º da Convenção, o que torna o procedimento injusto. Deve, pois, ser excluída do julgamento.

No caso concreto, porém, ponderou que a condenação do recorrente fora ensejada pela segunda confissão, prestada quando ele já estava ciente da exclusão da primeira. Os demais elementos probatórios (exames periciais no corpo e no local, onde foram encontradas marcas do pneu do carro do recorrente) foram invocados não para formar sua culpa, mas apenas para testar a veracidade de sua segunda confissão, que não mantém nexos causal com a primeira, de modo que não está por ela contaminada. A Corte também se referiu a outros elementos probatórios não derivados da confissão excluída e que corroboraram a confissão hígida, especialmente a apreensão do dinheiro do resgate e de anotações com o plano do sequestro no apartamento do recorrente.

Diante desse quadro, por maioria de votos (11 a 6), a Corte concluiu pela não violação da garantia contra a autoincriminação e, por consequência, do art. 6º da Convenção, mas apenas ao art. 3º (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2010).

5.4 Análise comparativa dos casos

A análise dos casos do TEDH revela que o julgamento do caso *John Murray v. Reino Unido* representou um retrocesso em relação ao *Funke v. França*.³² A nosso juízo, ao julgar o caso de John Murray, a Corte perdeu a oportunidade de fixar precedente que poderia extirpar, de todos os países-membros, o resquício inquisitivo. Ao

³² Em sentido diverso, Costa (2011, p. 149) assevera que a decisão no caso *John Murray v. Reino Unido* se aproxima do apregoado pela doutrina, referindo-se ao ensinamento de Kühnl, para quem o silêncio, por si só, não é suscetível de valoração probatória, mas a recusa do réu a prestar declarações e apresentar sua versão implica a valoração exclusiva pelo juiz das demais provas encartadas nos autos.

outorgar validade à norma que autoriza inferência negativa com base no silêncio, perpetuou esse resquício e estimulou sua expansão para outros Estados.

O cotejo dos casos *Jalloh v. Alemanha* e *Gäfgen v. Alemanha*, deste século, com os anteriores (*John Murray v. Reino Unido* e *Funke v. França*), do século XX, revela que, após o retrocesso no julgamento do caso *John Murray*, a Corte mudou de direção: avançou para outorgar maior eficácia à garantia contra a autoincriminação e acabou por fixar, no último caso, um importante precedente cuja *ratio decidendi* estabelece que provas obtidas ou produzidas com violação ao art. 3º implicam a automática ilicitude por violação ao justo processo do art. 6º.

A jurisprudência sobre essa garantia demonstra que a Corte IDH sempre outorgou plena eficácia à não autoincriminação, seja por constar expressamente do texto da Convenção Americana, seja pelo passado ditorial da América Latina, que essa Corte procura reparar.³³

6 Conclusões

A garantia contra a autoincriminação, representada pela máxima *nemo tenetur se detegere*, firmou-se sobretudo a partir do Iluminismo, com a superação do modelo inquisitório e o desenvolvimento do acusatório, no qual o réu deixou de ser mero objeto de prova para tornar-se sujeito de direitos, tratando-se atualmente de garantia universal nos Estados democráticos, prevista no art. 8º, 2, “g”, da CADH. Embora a CEDH não a institua expressamente, a doutrina e a jurisprudência são unânimes em reconhecê-la inerente ao justo processo desenhado pelo art. 6º.

No Direito Processual Penal, a autoincriminação configura regra de exclusão probatória por razões extraprocessuais. Nesse campo, releva a análise de seu conteúdo no interrogatório e na obtenção e produção de provas dependentes do concurso do acusado.

No interrogatório, tanto judicial quanto extrajudicial, o *nemo tenetur* garante a todos os suspeitos ou acusados, estejam soltos ou presos, em primeiro lugar o direito ao silêncio, do qual é inaceitável extrair consequências adversas. A única consequência admissível é a perda da oportunidade de o imputado fornecer sua versão dos fatos ou noticiar novas fontes de prova. O direito ao silêncio também é extensível a pessoas arroladas como testemunhas em relação a perguntas que possam incriminá-las.

³³ A conclusão semelhante chegou Silvano (2017, p. 183-185) em recente dissertação de mestrado defendida na Universidade de São Paulo.

Decorre do direito ao silêncio a faculdade de o réu não comparecer ao interrogatório e de escolher a quais perguntas responderá. O réu detém também a liberdade de declaração. É dever da autoridade responsável pelo ato processual informar ao interrogando acerca desses direitos antes da inquirição.

O direito ao silêncio proíbe o emprego de fraude ou coação para obter declarações, o que inclui a vedação de métodos ou técnicas que afetem a liberdade de manifestação, como detector de mentiras, hipnose, ou mesmo técnicas mais modernas trazidas pelo avanço das neurociências, como o exame neurológico P300 ou a ressonância magnética funcional.

A CADH prescreve o direito de toda pessoa ter respeitada a sua integridade física e moral (art. 5.1) e proíbe o emprego de tortura (art. 5.2). Por sua vez, o art. 3º da CEDH veda a tortura. Quanto à confissão, a CADH condiciona sua validade à ausência de coação de qualquer natureza (art. 8.3).

Relativamente ao *nemo tenetur se detegere* na obtenção e produção de provas que dependem da cooperação do acusado, a primeira premissa é que esse princípio, antes restrito ao direito ao silêncio, ganhou nova dimensão e erigiu-se como garantia contra a autoincriminação.

No sopesamento entre a autoincriminação e outros direitos em jogo na produção probatória (o *jus puniendi* estatal, a segurança pública, a integridade física e saúde do réu, além da dignidade da pessoa humana), procurou-se estabelecer como primeiro critério a distinção entre condutas ativas ou passivas, mas essa classificação mostrou-se insuficiente, por ser difícil classificar dessa maneira determinadas condutas e, muitas vezes, uma conduta ativa implicar coerção maior ao acusado que uma passiva.

Afigura-se melhor proposta a construção de critérios com base no princípio da proporcionalidade. Para a restrição da garantia, é imprescindível a edição de lei e o atendimento à necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, além do respeito à saúde e dignidade da pessoa humana, assim como o controle judicial.

O meio de prova e de obtenção de prova também não pode depender da consciência do sujeito, devassando sua mente ou vontade. Fica, pois, desautorizada a coerção para que o réu participe da reconstituição dos fatos ou forneça material grafotécnico, por exemplo.

Para ser válida a restrição a essa garantia, além dos critérios apontados, o elemento probatório a ser obtido deve ter existência independente da vontade ou consciência do sujeito, como a extração de sangue.

Não há julgados da Corte IDH sobre a questão.

O TEDH tem decidido que o direito à não autoincriminação não proíbe o uso de elementos probatórios obtidos do acusado com o

emprego de meios compulsórios e com existência independente da sua vontade (urina, cabelo, padrão de voz, tecido corporal, sangue).

O TEDH tem considerado que a produção ou obtenção probatória não pode abalar a essência da garantia contra a autoincriminação. Nessa ponderação, deve-se sopesar: (a) a natureza e o grau da coerção; (b) o interesse público da investigação, ou seja, a gravidade do crime; (c) a existência de alguma salvaguarda relevante no procedimento em favor do acusado (vale dizer, a possibilidade de contestação pelo réu do emprego da prova); e (d) o valor probatório do elemento obtido (se decisivo ou não para a condenação). Em conjunto, esses critérios mostram-se idôneos para a obtenção de elementos de prova dependentes do concurso do imputado.

A análise dos casos da Corte IDH revelou ser remansosa sua jurisprudência considerar a violação dessa garantia pela prática de coação tendente a extrair confissão (casos *Cabrera García y Montiel Flores v. México* (2010); *Pollo Rivera e outros v. Peru* (2016); *Cantoral Benavides v. Peru* (2000); *Tibi v. Equador* (2004); *López Álvarez v. Honduras* (2006); e *Montesinos Mejía v. Equador* (2020)).

Por sua vez, em *Castillo Petruzzi e outros v. Peru* (1999), a Corte decidiu que a exortação do juiz aos acusados a dizerem a verdade não implicou vulneração dessa garantia, já que não consistiu em ameaça de pena ou de qualquer consequência jurídica adversa.

A análise dos casos do TEDH revela que o julgamento do caso *John Murray v. Reino Unido*, em que se validou a norma que autoriza inferência negativa com base no silêncio, representou um retrocesso em relação ao *Funke v. França*. A nosso juízo, ao julgar o caso de John Murray, a Corte perdeu a oportunidade de fixar *ratio decidendi* que poderia extirpar dos países membros resquícios inquisitivos. Ao contrário, contribuiu para perpetuar esses resquícios e estimulou sua expansão para outros Estados.

A comparação dos casos *Jalloh v. Alemanha* e *Gäfgen v. Alemanha*, do século XXI, com os anteriores (*John Murray v. Reino Unido* e *Funke v. França*), do século anterior, demonstra que, após o retrocesso no julgamento do caso John Murray, a Corte alterou sua rota outorgando maior eficácia à garantia contra a autoincriminação ao estabelecer, no último caso, o importante precedente de que provas obtidas ou produzidas com violação do art. 3º implicam a automática ilicitude por violação ao justo processo do art. 6º.

A jurisprudência demonstra que a Corte IDH sempre outorgou plena eficácia à garantia da não autoincriminação, o que se explica tanto pelo fato de constar expressamente do texto da Convenção Americana quanto pelo passado ditatorial da América Latina, que essa corte patentemente procura reparar.

Sobre o autor

Brenno Gimenes Cesca é doutor e mestre em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professor e juiz formador da Escola Paulista da Magistratura e da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, São Paulo, SP, Brasil; juiz de Direito.

E-mail: brennogc@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

CESCA, Brenno Gimenes. Aspectos processuais penais da garantia da não autoincriminação nas Convenções Americana e Europeia de Direitos Humanos. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 60, n. 239, p. 207-234, jul./set. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/239/ril_v60_n239_p207

(APA)

Cesca, B. G. (2023). Aspectos processuais penais da garantia da não autoincriminação nas Convenções Americana e Europeia de Direitos Humanos. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, 60(239), 207-234. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/239/ril_v60_n239_p207

Referências

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1992.

ARAUJO, Maria Paes Barreto de. *Intervenções corporais coercitivas e direito de não produzir provas contra si mesmo*: análise à luz dos julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-04052021-230245/en.php>. Acesso em: 23 maio 2023.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 maio 2023.

_____. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2022b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 23 maio 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 444/DF*. 1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Constitucional. Processo penal. Direito à não autoincriminação. Direito ao tempo necessário à preparação da defesa. Direito à liberdade de locomoção. Direito à presunção

de não culpabilidade [...]. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Interessado: Presidente da República. Relator: Min. Gilmar Mendes, 14 de junho de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749900186>. Acesso em: 23 maio 2023.

CESCA, Brenno Gimenes. *Prova emprestada no processo penal*. Curitiba: Juruá, 2016.

CHIAVARIO, Mario. Art. 6. Diritto ad un processo equo. In: BARTOLE, Sergio; CONFORTI, Benedetto; RAIMONDI, Guido (org.). *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. Padova: Cedam, 2001. p. 154-248.

CONSELHO DA EUROPA. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Strasbourg: ECHR, [2013]. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 23 maio 2023.

CÓRDOBA, Gabriela E. *Nemo tenetur se ipsum accusare: ¿principio de pasividad?* In: ESTUDIOS sobre justicia penal: homenaje ao profesor Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 279-301.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Víctimas: Teodoro Cabrera García y Rodolfo Montiel Flores. Estado demandado: México. Jueces: Diego García-Sayán, Presidente, et al., 26 de noviembre de 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf. Acesso em: 23 maio 2023.

_____. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Víctimas: Jaime Francisco Sebastián Castillo Petruzzi y otros. Estado demandado: Perú. Jueces: Hernán Salgado Pesantes, Presidente, et al., 30 de mayo de 1999. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf. Acesso em: 23 maio 2023.

_____. *Caso Pollo Rivera y otros vs. Perú*. Víctimas: Luis Williams Pollo Rivera y sus familiares. Estado demandado: Perú. Jueces: Roberto F. Caldas, Presidente, et al., 21 de octubre de 2016. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_319_esp.pdf. Acesso em: 23 maio 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Parecer Consultivo OC-16/99, de 1ª de outubro de 1999*. O direito à informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal. Solicitante: Estados Unidos Mexicanos. Juízes: Antônio A. Cançado Trindade, Presidente, et al., 1ª de outubro de 1999. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_por.pdf. Acesso em: 23 maio 2023.

COSTA, Joana. O princípio *nemo tenetur* na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, v. 32, n. 128, p. 117-183, out./dez. 2011.

DAMAŠKA, Mirjan R. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Traduzione di Andrea Giussani e Fabio Rota. Bologna: Il Mulino, 1991. (Collezione di Testi e di Studi).

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (Court Chamber). *Case of Funke v. France*: Application no. 10828/84. Applicant: Mr. Jean-Gustave Funke. Respondent State: France. Judges: Mr. R. Bernhardt, President, et al., 25 February 1993. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57809%22%5D%7D>. Acesso em: 23 maio 2023.

_____. (Grand Chamber). *Case of Gäfgen v. Germany*: Application no. 22978/05. Applicant: Mr. Magnus Gäfgen. Respondent State: Germany. Judges: Mr. Jean-Paul Costa, President, et al., 1 June 2010. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22tabview%22:%5B%22document%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-99015%22%5D%7D>. Acesso em: 23 maio 2023.

_____. (Grand Chamber). *Case of Jalloh v. Germany*: Application no. 54810/00. Applicant: Mr. Abu Bakah Jalloh. Respondent State: Germany. Judges: Mr. Luzius Wildhaber, President, et al., 11 July 2006. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22fulltext%22:%5B%22Jalloh%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-76307%22%5D%7D>. Acesso em: 23 maio 2023.

_____ (Grand Chamber). *Case of John Murray v. The United Kingdom*: Application no. 18731/91. Applicant: Mr. John Murray. Respondent State: United Kingdom. Judges: Mr. R. Ryssdal, President, *et al.*, 8 February 1996a. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22tabview%22:%22document%22,%22itemid%22:%22001-57980%22>}. Acesso em: 23 maio 2023.

_____ (Court Chamber). *Case of Saunders v. United Kingdom*: Application no. 19187/91. Applicant: Mr. Ernest Saunders. Respondent State: United Kingdom. Judges: Mr. R. Bernhardt, President, *et al.*, 17 December 1996b. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22tabview%22:%22document%22,%22itemid%22:%22001-58009%22>}. Acesso em: 23 maio 2023.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica *et al.* 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GREVI, Vittorio. *Nemo tenetur se detegere: interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*. Milano: A. Giuffrè, 1972. (Studi di Diritto Processuale Penale, 34).

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 4. ed. rev., ampl. e atual. com nova jurisprudência em face da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

IBÁÑEZ RIVAS, Juana María. Artículo 8. Garantías judiciales. In: STEINER, Christian; FUCHS, Marie-Christine (ed.); URIBE GRANADOS, G. Patricia (coord.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentario*. 2. ed. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2019. p. 256-322. Disponível em: https://dialogopolitico.org/wp-content/uploads/2019/12/convencion_americana_sobre_derechos_humanos.pdf. Acesso em: 23 maio 2023.

MALAQUIAS, Roberto Antônio Darós. Princípio *nemo tenetur se detegere* no Estado democrático de direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 103, n. 941, p. 145-175, mar. 2014.

MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Guia de metodologia jurídica: teses, monografias e artigos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTELETO FILHO, Wagner. *O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. In: BRASIL. *Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 23 maio 2023.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

O'REILLY, Gregory W. England limits the right to silence and moves towards an inquisitorial system of justice. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, [s. l.], v. 85, n. 2, p. 402-452, 1994. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol85/iss2/3/>. Acesso em: 23 maio 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos,

San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. [San José, CR]: CIDH, [1969]. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 23 maio 2023.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUES, Fábio Wellington; QUEIROZ, João Eduardo Lopes. Histórico do princípio ‘*nemo tenetur se detegere*’ (não produzir provas contra si mesmo) e marcos históricos sobre a não observação do princípio. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 13, n. 74, p. 55-74, out./nov. 2016.

SILVA, Amaury. *Interrogatório: de acordo com a Lei 11.900/2009: interrogatório por videoconferência*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Leme: JH Mizuno, 2010.

SILVANO, Anderson Rodrigo. *O conteúdo do princípio nemo tenetur se detegere na Corte Interamericana de Direitos Humanos e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-11122020-0111515/pt-br.php>. Acesso em: 23 maio 2023.

SILVA, Sandra Oliveira e. Neurociências e prova penal (sobre verdade, privacidade e *nemo tenetur se ipsum accusare*). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Porto, v. 12-16, p. 203-217, 2015-2019.

_____. O arguido como meio de prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Porto, v. 10, p. 361-379, 2013. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/82914>. Acesso em: 23 maio 2023.

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

UBERTIS, Giulio. “*Nemo tenetur se detegere*” e dialettica probatoria. In: _____. *Verso un “giusto processo” penale*. Torino: G. Giappichelli, 1997. p. 65-69.

UNITED STATES. [Constitution (1787)]. *The Constitution of the United States*. Philadelphia: National Constitution Center, [1992]. Disponível em: <https://constitutioncenter.org/media/files/constitution.pdf>. Acesso em: 23 maio 2023.

Inheritance, opportunity and liberty

Are hereditary wealth transfers legitimate under liberalism?

ARTHUR CRISTÓVÃO PRADO

Abstract: This paper discusses the morality of the right of inheritance from a liberal perspective. It focuses on two liberal values: equality of opportunity and liberty. First, it argues that inheritances disturb equality of opportunity, as interpreted by John Rawls and Ronald Dworkin in their respective theories of justice. Because both authors prioritize leveling opportunities over other distributive considerations, they cannot coherently assert that inheritances are just. Second, it argues that any plausible conception of liberty must be justified in moral terms, so that one cannot argue in favor of inheritances simply because restricting it would decrease people's freedoms. It then insists that there is no morally justifiable basic freedom of inheritance. Finally, it acknowledges that abolishing inheritances is not a feasible goal on the short term. As a policy proposal, it suggests strengthening inheritance taxation instead, and illustrates how that could be done in the Brazilian case.

Keywords: inheritance; liberalism; taxation; political philosophy; equality of opportunity.

Herança, oportunidade e liberdade: as transferências hereditárias de riqueza são legítimas sob o liberalismo?

Resumo: Este artigo discute a moralidade do direito de herança com base numa perspectiva liberal. Centra-se em dois valores liberais: a igualdade de oportunidade e a liberdade. Inicialmente, argumenta-se que heranças perturbam a igualdade de oportunidade, como interpretada por John Rawls e Ronald Dworkin em suas respectivas teorias da justiça. Como ambos priorizam a equalização de oportunidades sobre outras considerações distributivas, nenhum deles pode argumentar coerentemente que heranças são justas. Em seguida, defende-se que qualquer concepção plausível de

Recebido em 11/11/22
Aprovado em 31/5/23

liberdade deve ser justificada moralmente, de modo que não é possível defender o direito de herança; e simplesmente restringi-lo diminuiria liberdades. Argumenta-se, assim, que não existe liberdade básica de herdar ou deixar herança. Por fim, reconhece-se que abolir heranças não é um objetivo factível no curto prazo. Como proposta de política tributária, o artigo sugere fortalecer a tributação sobre heranças e ilustra como isso poderia ser feito no caso brasileiro.

Palavras-chave: heranças; liberalismo; tributação; filosofia política; igualdade de oportunidade.

1 Introduction

The right of inheritance exists in most, if not all, contemporary capitalist societies. Inheritances are often thought of as a natural or logical consequence of the right of property, and, as such, as an exercise of basic human freedoms.

However, in unequal societies, individuals inherit unequally. In Brazil, for example, 15,9% of all inherited wealth is concentrated among the top 0,1% heirs (ALMEIDA, 2018, p. 26-28). This raises concerns: contrary to work income, which, in a perfect market at least, can be seen as a result of skill and effort, and even non-inherited capital income, which can be seen as rewarding thrift and investing acumen, inherited wealth is much harder to justify in terms of merit or resource allocation. This has led scholars to characterize inheritances as “anti-capitalist” (HASLETT, 1986, p. 127) or incompatible with liberalism (LEVY, 1983, p. 549-559).

In this paper, I have a somewhat more modest goal. I will try to show how inheritances relate to two core liberal values: i) the value of equality of opportunity, and ii) the value of liberty. Although I think it rather intuitive that liberalism values both, I will briefly argue that it does. I will also attempt to show that inheritances disturb equality of opportunity, and then that inheriting and bequeathing wealth is not a basic liberty. I conclude that bequeathing and inheriting large estates is incoherent under both Rawls’ and Dworkin’s theories of justice, contrary to what both authors propose. Nevertheless, I suggest that strengthening inheritance taxation would be a more feasible goal than abolishing inheritance rights altogether.

I should remark that my aim is critically analyzing a legal institution – the right of inheritance – from an ethical viewpoint. My methodology therefore involves philosophical argumentation within the framework of theories of justice, from which we could extract policy suggestions that might be useful for policymakers, lawyers and lawmakers in practical

settings. This constitutes what Courtis (2006, p. 126) calls a “*de lege ferenda* legal research”. I will illustrate how that might take place using Brazil as a case study.

In section 2, I will describe how two theories of justice interpret equality of opportunity: those of John Rawls’ and Ronald Dworkin’s. I will then argue that inheritances are incompatible with equality of opportunity in both, and that, although neither author reaches this conclusion, one cannot coherently accept the right of inheritance in the societies that completely follow each theory of justice. I will conclude by commenting on the claim that inheritances pose a special problem to meritocratic conceptions.

In section 3, I will outline the argument for inheritances based on liberty. I will then argue that conceptions of liberty must be moralized, in the sense that one has to assign moral value to liberties in order to make sense of them in a normative theory, and defend one criterion of how to identify basic liberties, again using John Rawls’ version of liberalism. Finally, I will argue that the inheritance of property, especially non-personal property, is not a basic liberty.

In section 4, I acknowledge that abolishing inheritances is not a feasible political prospect, and suggest we improve inheritance taxation instead.

In section 5, I will illustrate how my approach might affect actual policy discussing three possible paths to reform in the Brazilian inheritance tax system.

In the conclusion, I will sum up what this paper sets out to accomplish.

2 Inheritance and equality of opportunity

Equality of opportunity ranks among the core values of liberal societies and is one our most basic moral intuitions (ASCHER, 1990, p. 70; HASLETT, 1986, p. 128-131; MURPHY, 1996, p. 488). Normative political and philosophical theories ranging from libertarianism to egalitarian liberalism tend to agree that leveling opportunities in life constitutes a sort of point of departure for distributive discussions. Before we argue how social goods should be distributed, that is, we must make sure everyone has equivalent opportunities of striving for them.

The exact meaning of “leveling opportunities”, however, is controversial. In the origins of liberalism, the idea of equality of opportunity was closely related to that of political equality, in the sense that no one should enjoy royal or feudal privilege due to being born into a certain family, for example (NAGEL, 2003, p. 63-66). Even in modern settings, in which formal political equality has been attained, equality of opportunity is still a very relevant idea. It implies, for example, that the discrimination

of persons based on natural attributes, such as race and gender, over which they have no control, is immoral. Certain social attributes, such as religion, also tend to be non-controversially included among the list of personal features that should not affect one's chances in life. But how about the inheritance of wealth?

In this section, I intend to show that inheritances disturb equality of opportunity, leading to theoretical consequences within justice as fairness that were not accounted by Rawls himself. To do so, I will argue that "equality of opportunity" is most plausibly understood either as equality of resources or as John Rawls' idea of fair equality of opportunity. I shall then attempt to show that inheriting wealth violates both.

I will start with Rawls' conception. Fair equality of opportunity is, in his theory of justice as fairness, one of the aspects of the second of the two principles of justice that, he argues, rational, self-interested hypothetical individuals would choose under a veil of ignorance. The first principle deals with liberties; it states that every person is entitled to the same basic freedoms, and that their claim to each of them is infeasible. I will come back to the first principle on the next section. The second principle, in turn, states that inequalities are acceptable so long as "they are to be attached to offices and positions open to all under conditions of fair equality of opportunity", and that they operate to the advantage of the least-advantaged members of society, which Rawls (2001, p. 42-43) calls the "difference principle".

What does Rawls mean by "fair equality of opportunity"? According to Rawls (1999), the idea of equality of opportunity allows for at least two possible interpretations. The first, which he calls "careers open to talents", is formal in nature, and demands merely that offices and positions in society are open to those who are willing to strive for them. It sets no requirement that either natural or social contingencies be accounted for in the distributions of positions: differences in talent, in educational opportunities and ability can lead to better or worse prospects in life regardless of whether they are the result of arbitrary circumstances relating to birth or not (RAWLS, 1999, p. 57-62). In this conception, if two individuals are both formally allowed to apply for a career opportunity or public positions, then they are assumed to have equal opportunities, regardless of the education and health care they received in their childhood, for example.

The second interpretation, which Rawls (1999) calls the "liberal interpretation" of equality of opportunity, supplements the idea of careers open to talents with that of "fairness" (resulting in "fair equality of opportunity"). According to it, "assuming that there is a distribution of natural assets, those who are at the same level of talent and ability, and

have the same willingness to use them, should have the same prospects of success regardless of their initial place in the social system". Moreover, "those with the same abilities and aspirations should not be affected by their social class" (RAWLS, 1999, p. 63). This conception makes a further requirement with respect to the formal one: that social class does not affect an individual's chances at attaining a certain position. Therefore, unequal educational backgrounds that are attributable to social class, for example, can create unequal opportunities.

Fair equality of opportunity is the interpretation of equality of opportunity that Rawls deems most plausible. The idea of "careers open to talents" allows for the distribution of goods according to morally arbitrary criteria, such as both natural attributes (the genetic factors influencing the potential for development of marketable skills, for example) and social circumstances (the educational opportunities one's family can afford, social connections and so on). Fair equality of opportunity tries to "correct" for this by stating that everyone should have a "fair chance" to attain positions and offices. Rawls believes that this principle implies that social class should not affect one's prospects in life, as he makes clear in the *Restatement* to his *Theory of Justice* (RAWLS, 2001, p. 43).

Now, Rawls (1999, p. 244) explicitly states his belief that, in a society governed by the two principles of justice, including, of course, the principle of fair equality of opportunity, inheritance is permissible, provided that the inequalities resulting from it "are to the advantage of the least fortunate". He believes, therefore, that inheritances should be governed by the second part of the second principle of justice, that is, by the difference principle. This would result in (presumably heavy) taxation of inheritances and gifts, as determined by the difference principle.

If we take Rawls to be coherent with the formulation of the second principle of justice and the concept of fair equality of opportunity, one of the two following statements must be true. Either: i) Rawls believes that the principle of difference should sometimes override fair equality of opportunity, allowing the distribution of goods in such way that one's opportunities can sometimes not be fair and equal; or ii) Rawls does not believe that unequal inheritances violate fair equality of opportunity.

Statement i) is false. In the *Restatement* to his *Theory of Justice*, Rawls (2001, p. 43) presents the two principles of justice and then remarks that "the first principle is prior to the second; also, in the second principle fair equality of opportunity is prior to the difference principle". He then goes on to explain that *priority* means that in applying one principle, the prior principles must be fully satisfied. In other words: no application of the difference principle is permissible if it disturbs fair equality of opportunity, just as no application of either part of the second principle is permissible should it disturb the basic liberties secured by the first principle. Elsewhere, Rawls (1999, p. 37) calls this *lexicographic priority*.

Statement ii) might be true, but it is never explicitly defended, much less justified, by Rawls. It is true that one of the conditions Rawls sets for the application of the difference principle to inheritances is that the resulting inequalities are compatible with liberty and fair equality of opportunity (RAWLS, 1999, p. 245), so he must presumably believe that they can somehow be so. But that is a bold claim, and one at least partially dependent on empirical observations.

Indeed, inheritances create opportunities, and unequal inheritances create them unequally (BIRD-POLLAN, 2016, p. 872). Evidence suggests, in fact, that inheritance inequality represents the most important barrier to intergenerational social mobility, especially in

the higher social *strata*, as Batchelder (2009, p. 633) shows for the American case¹. It is true that other arbitrary factors, including personality, IQ correlation and upbringing influence one's chances to ascend socially, but financial inheritances represent a more important factor than all others combined (BATCHELDER, 2016, p. 86).

Even the expectancy of receiving a substantial inheritance in the future appears to create opportunities (KINDERMANN; MAYR; SACHS, 2020). Batchelder (2017, p. 25) exemplifies ways in which this might work, including: avoiding a drop in earnings during difficult times; supplying liquidity during periods of probably low income, such as when pursuing an education or starting a business; or making someone more comfortable at taking financial risk. The actual wealth acquired by means of inheritance can also be used to create opportunities, of course, for example by investing in education or financial assets (SEN, 2009, p. 228). Finally, acquiring inherited wealth tends to set an individual firmly into a given social class regardless of their choices and skills, simply because it advances their place in the income and wealth hierarchy (STRAND, 2010, p. 458).

It is therefore implausible to say that the right of inheritance can coexist with equality of opportunity, except perhaps in a setting in which inheritances are so equally divided that either everyone or no one can enjoy their benefit to the same extent – a world, that is, very far removed from our own. The distribution of wealth in wealthy nations, including inherited wealth, is more unequal than it has been in over one century (PIKETTY, 2017, p. 476-477).

Why did Rawls, then, advocate for the taxation of inheritances, but not their extinction?

Perhaps he was being pragmatic: heavily taxing inheritances is much more feasible a political goal than their abolition, and already could cause a significant reduction in inequality of opportunity. That is true, and, as a political proposal in the real world, I, myself, would not advocate for the abolition of inheritance. But Rawls' published work is a contribution to the fields of political theory and moral philosophy, whose main concern, especially in the case of transcendental theories of justice, such as Rawls' – see Sen (2009, p. 1-20) –, is the justice or injustice of institutions, not their pragmatic feasibility. Moreover, many other aspects of the well-ordered society he imagines are far removed from any real society. In other words, as a theoretical scholar, he seems happy to give up pragmatism for the sake of theoretical coherence. And that is reasonable: as a theory of what justice is, justice as fairness must be internally coherent, but Rawls incurs in contradiction regarding the right of inheritance.

A final objection could be made that inheritances are not the only factor that disturbs equality of opportunity. *Natural* skills that are valued in the labor market, like material inheritances, are unequally distributed, and affect one's opportunities. Since they would still exist in a society without financial inheritances, it is futile to try to equalize opportunities by redistributing inheritances (ASCHER, 1990, p. 71-72; HASLETT, 1986, p. 128-131; MURPHY, 1996, p. 488).

This argument, however, is a *non sequitur*. It is indeed true that not all factors that disturb equality of opportunity can be equalized by legal institutions, but it does not follow that those that can be equalized should not be. In fact, the contrary might be true: if we are unable to achieve full equality of opportunity, then it seems reasonable that we should do what we can to at least reduce it to the lowest degree possible (ASCHER, 1990, p. 74; LEVY, 1983, p. 549-550).

¹ A similar case can be made for other nations. For the Brazilian case, see Prado (2020).

Otherwise, why should we strive to fight any other form of inequality and privilege? From income inequality to inequalities produced by racist, sexist and homo- and transphobic structures, it is not clear why, under the premise outlined in the last paragraph, we should have any reason to take action against them, which would be deeply counterintuitive – see Haslett (1986, p. 141).

I would now like to move on to a second possible interpretation of equality of resources, that is, Ronald Dworkin's. His entire theory of justice, which he presents as an interpretation of the moral imperative that the State must show equal concern for all citizens, is a theory of resource equality, which can be taken to be a form of equality of opportunity (ALSTOTT, 2007, p. 485). Equally distributing resources, after all, means distributing the same conditions for everyone to achieve their goals in life.

Dworkin argues that a just state must simultaneously treat citizens equally and allow them to pursue their own conceptions of what a good life is while recognizing their responsibility for their choices. The best interpretation of what *equality* means is one that simultaneously follows these two imperatives: making every life count and assigning responsibility for one's actions. After some discussion, which I will not reproduce here, he concludes that the distributive principle that must prevail in a just society is equality of resources (DWORKIN, 2002b, p. 1-5, 2011, p. 352).

To imagine what a society that enforces this conception of resource equality might look like, Dworkin (2002b) proposes a thought experiment in which a certain number of people survive a shipwreck and then find themselves in an island with natural resources but no native people. In order to fairly divide up the existing resources, all survivors receive a given number of tokens (shells, for instance) to which they ascribe no intrinsic value. All resources in the island are then auctioned in a way that every survivor can bid as they wish. If the ensuing distribution is such that any survivor prefers someone else's resource bundle to their own, the auction must start again, until a resulting distribution does not result in envy. Dworkin (2002b, p. 11-64) calls this process "the envy test".

But justice requires, further, that individuals be held responsible by their choices. However, only consequences of voluntary, informed choices should result in responsibility. It is therefore necessary to set the consequences of a risky action apart from unpredictable, involuntary events that don't depend on one's choices or are unpredictable at the moment when the choice was made. Dworkin distinguishes in this way between option luck (such as whatever consequences a risky investment might have) and brute luck (such as the chance of being struck by lightning), and argues that rational individuals would want to avoid, if possible, any influence of second kind of (un)luck over their lives.

To do that, hypothetical insurances are introduced into the island thought experiment. They are meant to cover the risk of having one's perspectives of life negatively influenced by brute luck, including incapacitating disease and other deficiencies. The premium individuals are willing to pay to insure against a given risk is subtracted from their resource bundle. In real life, that could translate into taxes, which are then reverted to a comprehensive social insurance program (DWORKIN, 2002b, p. 73-83). If rational individuals would decide, for example, to insure against unemployment caused by natural disasters, the premium an average individual might be willing to pay for it might be translated into a tax used to finance unemployment benefits.

How do inequal inheritances fit into this scheme? According to Dworkin (2002b, p. 346-348), being born into a poor family instead of a richer one reflects class luck, which is a form of brute (un)luck – one, indeed, that hypothetical individuals would be willing to insure against. Therefore, inheritances should be taxed, partly compensating for the effects of unequal class luck.

I find that account implausible when it comes to inheritance rights and taxation. Inheritance is not a form of luck in the same way that being struck by lightning or falling ill is; its nature is social, not physical or biological in any way. Wealth and property rights, which include the right to bequeath and inherit goods, are distributed socially, as Dworkin himself (2002b, p. 1) and others (DUFF, 1993, p. 45; KENNEDY, 2011; MURPHY; NAGEL, 2002, p. 12-20) emphasize. It is a social resource, analogous to access to educational and health services, and such resources, like shells used as currency in a hypothetical island, should be distributed equally in a just society. Recognizing that inheritances are a resource, and a socially distributable one, of course means that no unequal distribution of it could be justified. Individuals might, surely, choose to spend their initial resources – inheritances included – to insure against unforeseen events or in any number of different ways, but they have to count as equal initial distributions in any case.

A very similar point was made by Otsuka (2002), who argues that unequal inheritances would not pass the envy test proposed by Dworkin, since individuals would envy bundles of resources that are greater of their own because of inherited wealth. Dworkin's own reply (2002a, p. 106) is that taxing inheritances can be illiberal, as it penalizes certain life choices over others (Dworkin believes, it seems, that saving instead of spending wealth in order to leave an inheritance is a life choice worthy of equal concern by the State), and that his thought experiment is not translatable immediately to the real world. He declares himself, however, eager for other suggestions regarding that problem.

Dworkin's objection that taxing or abolishing inheritances is illiberal is a serious one and will be partially discussed on the next section. It does not, however, answer my main objection, or Otsuka's, for that matter: Dworkin's theory ceases to be a theory of resource equality – and therefore one that takes equality of opportunity seriously – if it admits the existence of unequal inheritances. It could be true that sacrificing equality for liberty is a worthy exchange; but, if that is Dworkin's point, he must give up his commitment to resource equality.

I would like to conclude this section by commenting on the idea of merit and its relation to inheritance rights. Equalizing opportunities and resources, as Rawls and Dworkin propose we should do, could be taken to be a step in the direction of meritocracy, since it sets the stage to a society in which distributive outcomes depend on merit, not luck. If everyone has the same resources and opportunities, that is, the same “chances in life”, how rich one becomes should depend on one's capacity for work, thrift and natural attributes. However, the idea of merit does not figure prominently in the liberal theories of justice I have analyzed. There are three main reasons for that. First, that one's place in society still depends, at least in part, on natural attributes and luck, which are distributed in morally arbitrary ways, and therefore unrelated to merit. Just like material inheritances, then, natural attributes are also not meritocratic. Second, that one's place in society is partially dictated by market outcomes. There is no guarantee, and it does not seem to be the case in real settings, that markets reward merit in any reasonable sense. Arbitrary factors such as social relations – some of which dependent on our families' standing – play a role, and it is not clear that marketable skills necessarily translate into praiseworthy abilities (one might for example succeed in commerce for being able

to persuade buyers that one's wares are valuable, even if they are not). Finally, it does not follow either from Rawls' contractarian conception based on the two principles of justice or from Dworkin's idea of justice as equal concern that merit should have any place in the distribution of social resources².

Nevertheless, I would still maintain that unequal inheritances are a special violation to our intuitions about merit. It is of course true that a society without inheritances (or one in which inheritances are equally distributed) might still display inequalities that can be traced to other morally arbitrary sources, but that does not change the fact that a society without inequalities generated by inheritances is more meritocratic than one in which they exist. And even though natural attributes are morally arbitrary, we still can and do talk about the merit of displaying them. We tend to think that the fastest runner in a marathon deserves a prize because they were fastest, not because they put the most effort into it, and even if their performance depends in part on physical characteristics, such as lung capacity and leg length, which do not stem only from their effort. In this sense, that kind of inequality still brings us closer to our intuitions about meritocracy than inequalities caused by material inheritances – see Duff (1993, p. 49, 53-54).

In this section, I hope to have shown that inheritances present a problem to theories of justice that value equality of opportunity. In the case of Rawls' justice as fairness and Dworkin's resource equality, these challenges

² Both authors believe, however, that rewarding effort should have some place in distributive schemes – see Dworkin (2002b, p. 2), and Duff (1993, p. 49, 53-54). There is room to elaborate this discussion, but that would require going through the vast literature that discusses merit and liberalism, which falls beyond the scope of this paper. See, for example, Nagel (2003, p. 68, 2009, p. 116), and Murphy and Nagel (2002, p. 31-33, 67-72, 119-120, 154-155).

are unsurmountable, and have not been adequately answered by the respective authors. But is that enough to show that inheritance rights are illiberal? Liberalism is not just about equal opportunities – it is also about liberty. And stopping people from deciding whom to give their wealth to certainly seems like an interference with their liberty.

3 Inheritance and liberty

The right of property is sometimes presented as a basic human liberty, one that can be derived from self-ownership or natural liberty, for example (MILL, 1886, p. 221; SMITH, 1896, p. 120). Property implies the right to dispose of one's belongings as one will, which includes, of course, by means of donation or bequest. Therefore, donations and inheritances can be seen as a basic liberty, too, one that cannot be restricted without violating the core liberal values (BIRD-POLLAN, 2013; CHESTER, 1976, p. 82; HALLIDAY, 2016; STEINER, 1987, p. 70).

Some liberals and many libertarians espouse some version of this idea. On the other hand, a frequent objection to it, defended for example by Rawls (1999, p. 245-246) and others (ASCHER, 1990, p. 93-96; HASLETT, 1986, p. 135; NAGEL, 2009, p. 117-118; REPETTI, 2016, p. 816; SAEZ; ZUCMAN, 2019, p. 159), is that the large concentrations of wealth that the right of inheritance helps to form are detrimental to democratic rights and liberties, as they could be used to influence electoral processes and other democratic institutions.

That is a plausible objection, and one that has already been well explored in the past. In this section, I would like to add a different objection to the liberal argument for unrestricted inheritance rights. I intend to argue that the ownership and transference of property, except

perhaps for personal property, cannot be considered a basic liberty.

We should start by better explaining the role that liberties have in moral theory. No legal system or political theory protects equally all individual and public liberties. Legal and moral norms often distinguish between liberties that should be protected and liberties that should be restricted. Libertarian theories are a good starting point for making this point clearer. That is because libertarians are adamant both in the defense of basic freedoms and of private property, which can sometimes clash with one another. I will show this using Cohen's analysis (1988, p. 295-296, 1995, p. 59-61), as exposed in the next few paragraphs.

What constitutes a violation of freedom for a libertarian? Surely, there are some cases in which the inability to perform an action does not constitute a violation of individual freedoms – when that inability can be attributed to physical factors, for example. I may not be able to fly, but that is because I do not have wings, not because I am unfree. On the other hand, it seems that when the inability to perform an action stems from being withheld or prohibited by another person, then a freedom is, indeed, being limited³.

Now picture the following situation: due to not having access to a house or for any other reason, individual A sets up a tent on a certain stretch of land, which happens to belong to individual B. B is displeased, and wishes A out. In any State enforcing private property rights, it is very likely that public agents will remove A from B's land, by force if necessary. That is unequivocally a limitation to A's actions caused by another person or persons, and therefore, in that sense, an infringement to his liberty.

³ Here we should note the similarity between Cohen's and Berlin's (2002, p. 169) account of the difference between human and non-human restrictions to action.

However, it coexists, in a libertarian society, with an uncompromised defense of individual freedoms. How can that be?

This can be explained by the fact that libertarians conceive liberty as a moralized concept, in the sense that in order to determine what constitutes one's liberties, it is necessary to determine what one can and cannot morally do. Since, in the libertarian conception, it would be unjust for A to set up a tent on B's land, A is not free to do that, and his removal is not a violation of individual freedoms.

Cohen (1988, 1995) identifies two problems with that conception. First, that the libertarian concept of freedom departs substantially from the meaning of the word in natural language. In everyday usage, we seem to think that even justified restrictions to one's actions can, at least sometimes, incur in restrictions to one's liberty. For example, if a murderer is sent to prison (assuming we think that is a fair punishment, of course), the fact that their punishment is morally legitimate does not preclude the fact that it means a restriction to their freedom.

The second and more serious problem is that the libertarian definition is logically circular. If, on the one hand, the definition of liberty is moralized, inasmuch as it requires an account of just and unjust actions, the definition of morality is also dependent on that of liberty, since libertarianism argues that the only legitimate use of power is one that preserves liberties to the maximum degree possible⁴. A libertarian defines *just* in terms of *free*, but also *free* in terms of *just*.

This shows not only that the libertarian conception of liberty is at fault, but also that morality must set some liberties apart from others. Liberties, therefore, must be justified by their moral value, and not merely because they are liberties. If B is entitled to remove A from his land, then that must be explained in terms of B's legitimate rights of property and the illegitimacy of A's actions: we must explain, for example, why private property is just, and merits protection from external impediments. In this way we can explain, for example, why citizens are free to move through public spaces by virtue of their freedom of movement, but an inmate convicted for manslaughter is not free to move out of his prison cell.

But what makes a freedom morally valuable? A very influential conception of the moral worth of freedoms is, once again, John Rawls'. It is useful because it both justifies why liberties are fundamental to a good life and provides criteria for identifying which liberties can be deemed "basic" – that is, so important that just societies must preserve them above all else – and which cannot. These criteria are connected to the

⁴Vita (2007, p. 56) suggests that this confusion stems from the fact that the basic category in libertarian thought is property, not liberty.

idea of finality, end or good, which is fundamental to any moral theory, since any theory of moral action must somehow take into account what human action is for⁵.

Rawls' criteria (2001, p. 112-115) are these: in order for a liberty to be considered basic, and thereby enjoy the maximum possible degree of moral priority, given by the first principle of justice, it must provide the conditions for individuals to develop their basic moral faculties, which are: i) the capacity to develop a sense of good, and ii) the capacity to develop a sense of justice. The more relevant a liberty is for the development of these two faculties, the more important it will be in a well-ordered society (RAWLS, 1993, p. 335). Rawls therefore explains liberties in terms of what makes a human life good: even if we recognize – as liberals do – that each person must be entitled to come up with their own conception of what is good and just, they must be free to think, discuss, publicize their ideas, associate with one another and pursue, within reason, whatever they think a good life is.

Rawls (1993) emphasizes that this connection between liberties and moral goods is responsible for their “fair value”. That value can be lost. That takes place, for example, in situations in which the total deprivation of material conditions limits individuals' capability to enjoy those liberties, and they become merely formal. As stated by Berlin (2002, p. 172) elsewhere (and before Rawls): “[t]he Egyptian peasant needs clothes or medicine before, and more than, personal liberty”. The lack of conditions that guarantee the fair value to basic liberties is indicated by Rawls (1993, p. 324-327) as a situation in which even the priority of the first principle of justice is not applicable if it stands in the way of satisfying those needs.

What liberties pass that test? To Rawls (2001, p. 113), the classic freedoms of expression and press are included, but hate speech, for example, is excluded, as it is not related to the development of a sense of justice or an idea of good.

How about property? Rawls distinguishes between different conceptions of property, and names two that do not pass the test: one that includes natural resources and means of production, as well as rights of acquisition and bequest; and another one that includes the participation in the ownership of means of production. So conceived, property is not really necessary for the development of the moral faculties. It is hard to see how owning company shares, for example, or plots of land not directly used for work of living, is necessary for the development of

⁵ The fragility of Rawls' theory of the good is one of the grounds from which he is criticized, for example, by Nussbaum (1988, 1992), who provides a much more robust theory of the good. For the purposes of this paper, however, it suffices to use Rawls' ideas from *Justice as fairness: a restatement*.

moral faculties. That does not mean that they are not to be adopted in a well-ordered society, only that they do not enjoy maximum priority as basic liberties – unlike, on the other hand, personal property, which Rawls deems essential for moral autonomy and a sense of self-respect. Societies are free to decide whether or not to adopt such rights, and either choice is compatible with Rawls' design of basic freedoms.

Personal property is a different matter. Owning a home, clothes, perhaps the instruments needed to work and objects needed for daily life is conducive to a sense of autonomy that Rawls deems necessary for the development of moral faculties. Owning personal property, therefore, is a basic liberty.

As a final remark, I would like to point out that the discussion undertaken in this section does not go into much detail when examining what liberty means. It could and has been argued, however, that individual liberty depends in part on material means that, in capitalist societies, come from wealth. This is easy to see intuitively: if we characterize liberty not only as being able to take action unimpeded by other individuals, but also as being able to choose from a range of possible actions, then it is clear that wealth increases liberty. An individual who has to work forty hours a week for a minimum wage cannot decide to go to Paris in summer, or to spend their afternoon on a weekday reading a book, possibilities that might be available for a richer individual, especially one whose income does not depend on labor (HASLETT, 1986, p. 133-134; ALSTOTT, 2007, p. 490).

This relationship between liberty and wealth can be somewhat formalized by means of a thought experiment proposed by Cohen (1995, p. 19-66). Imagine a society without any monetary system, in which individuals enjoy liberty comparable to that in the state of nature. Assume that a central power then appears in that

society and starts giving out coupons to people. Each coupon lists a series of permissible actions. If someone is caught trying to do something without a corresponding coupon, that person is forcibly taken under arrest. That society is unfree even in the classic sense, since there are actions in principle possible that would be impeded by external human force. That situation, however, is analogue – Cohen (1995) argues – to the introduction of contract and property law. In contrast to a society in the state of nature, one in which wealth is legally structured and privately owned makes the possibility of action dependent on wealth. Individuals who lack real state property cannot occupy land and use it for their subsistence, for example, even when the land in question is not being used by anyone else. In this sense, wealth and liberty are connected.

Material deprivation, therefore, is a form of unfreedom (SEN, 1999, p. 3-5, 15, 19; MEADE, 2013, p. 39). If we assume that the marginal gains in liberty decrease for the extremely rich – that is, an extra thousand dollars matters a lot more for someone who earns a minimum wage than for a billionaire –, then inheritance taxation that decreases inequality tends to increase aggregated liberty.

The consequence I wish to extract from this section is that the right of inheritance is not a basic liberty, and that personal property enjoys a different status to other, broader types of property. The right of inheritance cannot, therefore, be defended on the grounds that it stems from a basic liberty, that of owning and transacting (unlimited) property: its legitimacy, if it has any, must be argued for on other grounds. My argument is of course dependent on my premises about the fundamentality of basic liberties as connected to certain goods, which is a controversial idea, although not one exclusive to Rawls. Defending this conception from criticism is not within the scope of this paper. Moreover,

wealth distribution that leads to greater equality can increase aggregate liberty in societies, which can be a point in favor of greater equality, including that brought about by the extinction or taxation of large intergenerational wealth transfers.

4 Are inheritances legitimate under liberalism?

In the two previous sections I have argued that: i) equality of opportunity is a core value of liberalism and, in fact, of most human societies; ii) unequal inheritances are incompatible with equality of opportunity; iii) it is a widespread argument that property and its transmission are basic liberties; and iv) that argument is not plausible under a moralized conception of liberty, and liberty cannot be defined without recourse to morals.

It seems that a natural conclusion would be that liberal societies should not recognize the right of inheritance. There are, of course, additional considerations to be made, that were not included in this paper. Since what a person will inherit depends on the arbitrary *luck* of being born to a rich family and not on effort, the right of inheritance seems not to be meritocratic. Depending on the role we believe merit should play in a theory of justice, that might be a further argument against the right of inheritance. On the other hand, the transmission of at least some property inside families appear to have some moral value inasmuch as it could strengthen bonds of affection of love among family members. Perhaps the transmission of certain kinds of personal property, such as simple family heirlooms, for instance, can be argued to be morally legitimate.

A second point to which I would like to draw attention is that my argument focuses

almost exclusively on liberal and, to a much smaller extent, libertarian theories of justice. That has at least two reasons. First, the moral-philosophical debate after Rawls has been greatly influenced by him (LEVY, 1983, p. 549-553; MCCAFFERY, 1994, p. 286; MURPHY, 1996; NAGEL, 2009, p. 115-116), so that simply arguing that inheritances are not appropriately framed within his (liberal) theory of justice as fairness is academically relevant. Secondly, the liberal framework makes the debate especially interesting. Whereas right-leaning theories, such as libertarianism, can affirm more or less without internal controversy that inheritance is a moral right, and left-leaning theories, such as Marxist socialist theories, deny the morality (if they admit that morality is an issue at all) of private property over means of production (COHEN, 1988, p. 298; KYMLICKA, 2002, p. 176) and therefore of inheritance of such property, liberalism does not have an obvious reply to the question of inheritance. That is because core liberal values, at first sight, point in different directions: equality of opportunity seems inimical to inheritances and liberty seems coherent with it.

That said, even if we do believe that the right of inheritance is not legitimate, it is hard to imagine a non-socialist society in which it is not present. In fact, even taxing inheritances seems to be a very unpopular tax policy (GRAETZ; SHAPIRO, 2005, p. 6). Therefore, proposing the abolishment of the right of inheritance seems inadequate as an immediate policy recommendation.

If inheritances must exist, then it seems that taxing them works as a palliative but feasible measure. We should note that taxation is, in some sense, contiguous to the right of property. Determining exactly what *property* means is hardly a simple matter, as the regulation of property varies widely among societies in time

and space (KENNEDY, 2011, p. 8). The bundle of rights that being owner of an object (*lato sensu*) entitles depends, among other factors, on which taxes it ownership entices (MURPHY; NAGEL, 2002, p. 12-20). Taxing inheritances at 50%, for example – excluding complications that can arise from evasion, liquidity and other sources –, effectively means curbing inheritance rights by half; taxing them at 100% effectively means abolishing inheritances.

Therefore, a realistic policy recommendation could be strengthening taxes over intergenerational transmission of wealth, such as the American federal estate tax or the Brazilian tax on donations and *causa mortis* transmissions (ITCMD in the Portuguese acronym), as far as is politically feasible. Determining the precise contours, a just inheritance tax might have is a very complex task. Economists like Piketty and Saez (2013), who investigate optimal inheritance taxes, and lawyers, such as Batchelder (2007, 2009, 2016, 2017), who suggests taxing inheritances and gifts as income, have worked extensively on the topic and present useful suggestions. In the next section, I will briefly offer a policy recommendation using the Brazilian tax system as a case study.

5 Implications for Brazilian law

As a concluding remark, I will briefly present the Brazilian inheritance taxation system and show three ways of reform. This is not meant as a complete, ready to use policy proposal. That would require a much longer interdisciplinary work, involving economists, tax lawyers and of course policymakers. I aim here is twofold: i) I want to show that this political theoretical discussion has applications in real issues, and ii) I intend to suggest paths that could be taken

up inside and outside academia for further development.

I will begin by describing how inheritances are taxed in Brazilian law. The Brazilian Constitution establishes the right of inheritance as a fundamental right and institutes an inheritance tax to be levied by the states – see articles 5, XXX and 155, I (BRASIL, [2022a]). Since fundamental rights are excluded from abolition via amendment under article 60, paragraph 4, it is legally impossible to abolish the right of inheritance in Brazil. It is possible, however, to reform the existing inheritance tax, the ITCMD.

Although states have, in principle, liberty to regulate their own inheritance taxes by statute, in practice their liberty is severely restricted by a Senate resolution limiting its rate to 8%. This number would already be significantly below the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) average of 15% (COLE, 2015), but actual nominal rates range from 2% (in Amazonas) to 8% (in Pernambuco and Santa Catarina) (DIAS, 2016, p. 20-21). Some states impose progressive rates and many others do not. The effective rate is estimated to lie somewhere between 4,04% and 5,22% nationally (PACHECO, 2020, p. 26-27). Exemptions vary but are usually low. As a result, Brazilian inheritance taxes are low and not very progressive.

That is by no means the only problem involving ITCMD's current design, however. In addition to liquidity and valuation issues, avoidance is common and facilitated by both the legal design of the tax and its administration. Since 2021, a ruling by the Brazilian Supreme Court (STF in the Portuguese acronym) (Recurso Extraordinário nº 851.108, Tema nº 825 de Repercussão Geral, decided on March 1st 2021 (BRASIL, 2021)) determined that taxing goods situated abroad depended on a general

federal statute, that was never enacted. As a result, state statutes regulating the taxation of goods held by Brazilian outside national borders were ruled unconstitutional and therefore void. In practice, since that ruling, Brazilians with financial means to denationalize their wealth are able to easily⁶ and legally avoid the tax entirely. Brazilians and foreigners residing in the country who do not have such means usually have to pay tax on all inherited and donated goods above the exemption limit, which is currently around 80 thousand reais in the state of São Paulo, to give an example. This represents an obvious breach to equality of opportunity and an important mechanism for the preservation of intergenerational inequality, favored by the tax system.

The main problems with the system are that the tax is insufficiently high, not progressive enough, nationally heterogeneous and has loopholes that can be exploited especially by wealthier individuals, harming progressivity and fairness. Several policy proposals could and should be made to improve it, starting with enacting the general federal statute that would allow the taxation of offshore goods by the states, solving the issued created by the aforementioned Supreme Court ruling from 2021 (PRADO, 2021). In addition to that, three structural reforms could be suggested.

The most obvious path would be reforming individual state legislation to increase tax rates, improve valuation techniques and include some progressivity, both by increasing marginal tax rates for larges inheritances and by creating exemptions for smaller ones. A problem with that strategy is that, as mentioned, the current tax rate is capped at 8% by a Senate resolution

(Resolução nº 9/1992 (BRASIL, 1992)), so reforming the resolution itself would be a preliminary necessary step, dependents on a separate deliberative process to take place inside the federal legislative branch. This has been proposed in 2015 by a group of states (Ofício Consefaz nº 11/2015, signed by the states of Amazonas, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rondônia, Roraima, São Paulo, Sergipe, Tocantins and the Federal District), but no deliberation followed from it. Further, since states are free to regulate their own local taxes, there could be wide variations throughout the nation, and no guarantee that the result of a push towards reform would in fact be higher rates or more intelligent designs.

A second possibility would be emending the Brazilian Constitution to allow for a federal inheritance tax. A constitutional amendment bill with that content has already been proposed before Congress (PEC nº 96/2015) and would take the form of an additional tax on *large* inheritances (BRASIL, 2015c). There is no general prohibition against *bis in idem* in Brazilian tax law, so a constitutional amendment could, indeed, open way for a federal tax existing in parallel with estate taxes. It would have the advantage of instituting a uniform federal inheritance tax system, solving some of the issues that I pointed out in the last paragraph in relation to reforming individual state laws. However, the qualified majority required for the approval of constitutional amendments (three fifths in each of the two houses of Congress, in two rounds each) makes this strategy politically difficult.

A third proposal, in line with what Dodge (1978) and Batchelder (2016, 2017) advocate for the American case, would be including inheritances and donations in the taxable

⁶Of course, here can be difficulties involving liquidity and administrative costs. I mean simply that evading the tax is possible through a straightforward procedure.

income, thereby taxing it through the federal income tax. In Brazil, that could, in principle, be done by revoking article 6, XVI of a federal statute (Lei nº 7.713/1998), which currently exempts inheritances and donations from income taxation (BRASIL, [2015a]). This is, in fact, object of a bill (Projeto de Lei nº 5.205/2016 (BRASIL, 2016)), presently awaiting deliberation by the Chamber of Representatives (Câmara dos Deputados).

If enacted, this proposal would have substantial advantages over the current system. First, it would substantially increase the marginal tax rate (to 27,5%, for taxpayers earning over 4,664.68 Brazilian reais as of 2022, in accordance to the federal statute on income taxation rates – Lei nº 13.149/2015 (BRASIL, 2015b)). This represents a substantial improvement over the current rates, which, as commented, are nationally capped at 8% and lower than that in several states. Second, it would include in inheritance taxation the progressivity already inherent to income taxation, which currently distinguishes five different tax brackets, with different rates for each⁷. Third, it would be centrally levied by the Brazilian Federal Revenue Service (Receita Federal do Brasil), benefiting from the information it already collects on taxpayers and its mechanisms for valuating wealth.

The main objection that could be raised is constitutionally grounded: it could be argued that a federal income tax on inheritances would violate state competence to tax inheritances, since, without a constitutional amendment, federal competence is limited to taxing “income and revenue of any nature” – see Cassone (2017). I believe that this stems from an inadequate, although widespread, understanding of the constitutional concept of *income*. There is no reason why the idea of income should include certain transferences of wealth, such as salaries, business revenues, dividends – which are exempt, but still considered income in Brazil – and profits, but exclude others, such as donations and inheritances. In all cases, wealth is being transferred from one individual or firm to another, which is the very definition of income. This is in fact backed by Brazilian statutory law: the National Tax Code (Código Tributário Nacional) extends the legal base of the income tax, in its article 43, II, to “earnings of any nature, understood as estate increases” not included in the article 43, I, which lists as possible bases work and or capital income (BRASIL, [2022b], our translation). Combined, these two norms include in the taxable base for the income tax all possible estate increases, since the second one explicitly includes all cases not included in the first one.

⁷ Since inheritances usually represent large and extraordinary incomes, perhaps an additional fixed exemption could be conceived, such as the ones that exist for stock trading.

This objection, there does not seem to be a valid constitutional objection to the inclusion of inheritances in the taxable base of the income tax.

If possible, the inclusion of inheritances in the income tax base could be a way of strengthening the Brazilian inheritance tax without radically changing the system, since in principle it could be brought about by merely revoking the statutory provision that exempts them from the income tax base. The most serious challenge to this proposal would be political and constitutional, but neither appears to be unsurmountable.

With this brief discussion, that is intended as an invitation for debate, I aim to show what it could look like to recommend policy change in inheritance taxation in the spirit of the conclusions obtained from the ethical discussion I offer in this paper. Similar cases could be – and have been (see, again, Batchelder (2016, 2017)) – made for other nations and settings.

6 Conclusion

My goal in this paper was to show how the right of inheritance relates to two values that are important to liberalism: equality of opportunity and liberty. I argued that both are very important values and that equality of opportunity is somewhat incompatible with unequal inheritance. On the other hand, I also argued that inheriting and bequeathing property is not a basic liberty, so one cannot argue for the right of inheritance on that basis alone, even within a liberal theory of justice. Finally, I suggested that taxing inheritance as much as possible may be a reasonable alternative to abolishing the right entirely. I illustrated how that could happen using Brazil as a case study.

This paper does not exhaust the debate on the morality of inheritance by any means. As I have mentioned, there are other questions we could ask: how does inheritance relate to welfare? In fact, how, if at all, should merit feature in liberal theories of justice? Does inheritance not have moral value due to expressing bonds of love inside families?

The questions asked in this paper, which I have tried to answer, are, however, particularly important for two reasons. First, due to the privileged place that equality of opportunity has in liberalism, as exemplified by the lexicographical priority it has over the principle of distribution in Rawls (the difference principle) and any other distributive consideration in Dworkin (since the very point of departure of his virtue is equality of resources), it is very difficult to explain how liberals could favor the right of inheritance while simultaneously ascribing such an important role to equality of opportunity. Second, the defense of inheritance on the basis of liberty is perhaps the most important moral argument for inheritance,

and, if I am right, it depends on a morally implausible conception of liberty. These problems show up frequently in the legal and philosophical literature on the theme and have amassed significant attention from liberal authors in recent decades (ALSTOTT, 2007; BIRD-POLLAN, 2013; DUFF, 1993; LEVY, 1983; MURPHY, 1996). This paper joins the discussion by attempting to offer a solution to them and to show how that solution could be translated into real policy reform.

Sobre o autor

Arthur Cristóvão Prado é mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD-USP), São Paulo, SP, Brasil; doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito na FD-USP, São Paulo, SP, Brasil; pesquisador-visitante na University of Toronto, Toronto, Canadá; advogado da União.
E-mail: arthur.prado@usp.br

Como citar este artigo

(ABNT)

PRADO, Arthur Cristóvão. Inheritance, opportunity and liberty: are hereditary wealth transfers legitimate under liberalism? *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 60, n. 239, p. 235-257, jul./set. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/239/ril_v60_n239_p235

(APA)

Prado, A. C. (2023). Inheritance, opportunity and liberty: are hereditary wealth transfers legitimate under liberalism? *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 60(239), 235-257. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/239/ril_v60_n239_p235

Referências

ALMEIDA, Samir Luna de. *Distribuição de heranças no Brasil: o que dizem os dados da Receita Federal*. 2018. Dissertação (Mestrado em Economia) – Universidade Federal de São Paulo, Osasco, 2018. Available at: <https://repositorio.unifesp.br/handle/11600/52817>. Access on: June 2, 2023.

ALSTOTT, Anne L. Equal opportunity and inheritance taxation. *Harvard Law Review*, [s. l.], v. 121, n. 2, p. 469-542, Dec. 2007. Available at: <https://harvardlawreview.org/2007/12/equal-opportunity-and-inheritance-taxation/>. Access on: June 2, 2023.

ASCHER, Mark L. Curtailing inherited wealth. *Michigan Law Review*, [s. l.], v. 89, n. 1, p. 69-151, Oct. 1990. Available at: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol89/iss1/3/>. Access on: June 2, 2023.

BATCHELDER, Lily L. Estate tax reform: issues and options. *Tax Notes*, [s. l.], p. 633-647, Feb. 2, 2009. Available at: <https://its.law.nyu.edu/faculty/profiles/representativeFiles/>

Batchelder-Estate%20Tax%20Reform_3913E563-C1A2-CE4F-7EB05F027D8344CE.pdf. Access on: June 2, 2023.

_____. Taxing privilege more effectively: replacing the estate tax with an inheritance tax. *Hamilton Project Discussion Paper*, Washington, DC, n. 7, p. 1-59, June 2007. Available at: <https://www.hamiltonproject.org/publication/policy-proposal/taxing-privilege-more-effectively-replacing-the-estate-tax-with-an-inheritance-tax/>. Access on: June 2, 2023.

_____. The “silver spoon” tax: how to strengthen wealth transfer taxation. In: DELIVERING equitable growth: strategies for the next Administration. Washington, DC: Washington Center for Equitable Growth, 2016. p. 85-96. Available at: <https://equitablegrowth.org/delivering-equitable-growth/>. Access on: June 2, 2023.

_____. What should society expect from heirs? A proposal for a comprehensive inheritance tax. *NYU Law and Economics Research Paper*, [s. l.], n. 08-42, p. 1-111, June 2017. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1274466. Access on: June 2, 2023.

BERLIN, Isaiah. Two concepts of liberty. In: _____. *Liberty*: incorporating four essays on Liberty. Edited by Henry Hardy. Oxford, UK: Oxford University Press, 2002. p. 166-217.

BIRD-POLLAN, Jennifer. Unseating privilege: Rawls, equality of opportunity, and wealth transfer taxation. *The Wayne Law Review*, [s. l.], v. 59, n. 2, p. 713-741, 2013. Available at: https://uknowledge.uky.edu/law_facpub/370/. Access on: June 2, 2023.

_____. Why tax wealth transfers?: a philosophical analysis. *Boston College Law Review*, [s. l.], v. 57, n. 3, p. 859-881, 2016. Available at: https://uknowledge.uky.edu/law_facpub/582/. Access on: June 2, 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 5.205, de 2016*. Altera os valores da tabela mensal do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física, dispõe sobre a tributação das doações e heranças, do excedente do lucro distribuído pelas empresas optantes pelo lucro presumido e arbitrado [...]. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2016. Available at: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2083686>. Access on: June 2, 2023.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022a]. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Access on: June 2, 2023.

_____. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, [2022b]. Available at: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Access on: June 2, 2023.

_____. *Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988*. Altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2015a]. Available at: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7713.htm. Access on: June 2, 2023.

_____. *Lei nº 13.149, de 21 de julho de 2015*. Altera as Leis nºs 11.482, de 31 de maio de 2007, para dispôr sobre os valores da tabela mensal do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física, 7.713, de 22 de dezembro de 1988, 9.250, de 26 de dezembro de 1995, e 10.823, de 19 de dezembro de 2003. Brasília, DF: Presidência da República, 2015b. Available at: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13149.htm. Access on: June 2, 2023.

_____. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição nº 96, de 2015*. Outorga competência à União para instituir adicional sobre o imposto de que trata o inciso I do art. 155, destinado ao financiamento da política de desenvolvimento regional. Brasília, DF: Senado Federal, 2015c. Available at: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122230>. Access on: June 2, 2023.

_____. Senado Federal. Resolução nº 9, de 1992. Estabelece alíquota máxima para o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de que trata a alínea “a”, inciso I, e § 1º, inciso IV do art. 155 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*: Seção 1, Brasília, DF, ano 130, n. 85, p. 5.626, 6 maio 1992. Available at: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=06/05/1992&jornal=1&pagina=2&totalArquivos=56>. Access on: June 2, 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário nº 851.108/SP*. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Tributário. Competência suplementar dos estados e do Distrito Federal. Artigo 146, III, a, CF. Normas gerais em matéria de legislação tributária. Artigo 155, I, CF. ITCMD. Transmissão *causa mortis*. Doação. Artigo 155, § 1º, III, CF. Definição de competência [...]. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrida: Vanessa Regina Andreatta. Relator: Min. Dias Toffoli, 1º de março de 2021. Available at: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755628450>. Access on: June 2, 2023.

CASSONE, Vittorio. Imposto de Renda sobre herança e doação. *GEN Jurídico*, São Paulo, 7 fev. 2017. Available at: <http://genjuridico.com.br/2017/02/07/30729/>. Access on: June 2, 2023.

CHESTER, C. Ronald. Inheritance and wealth taxation in a just society. *Rutgers Law Review*, [s. l.], v. 30, n. 62, p. 62-101, 1976.

COHEN, G. A. *History, labour, and freedom: themes from Marx*. Oxford, UK: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1988.

_____. *Self-ownership, freedom, and equality*. Cambridge, UK: Cambridge University Press; Paris: Maison des Sciences de l'Homme, 1995.

COLE, Alan. Estate and inheritance taxes around the world. *Fiscal Fact*, Washington, DC, n. 458, p. 1-8, Mar. 2015. Available at: <https://taxfoundation.org/estate-and-inheritance-taxes-around-world/>. Access on: June 2, 2023.

COURTIS, Christian. El juego de los juristas: ensayo de caracterización de la investigación dogmática. In: _____ (coord.). *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta, 2006. p. 105-156.

DIAS, Laura Domingues. *A tributação sobre heranças e doações no Brasil e suas implicações na efetivação da justiça distributiva*. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2016. Available at: https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/3690?locale=pt_BR. Access on: June 2, 2023.

DODGE, Joseph M. Beyond estate and gift tax reform: including gifts and bequests in income. *Harvard Law Review*, [s. l.], v. 91, n. 6, p. 1.177-1.211, Apr. 1978. DOI: <https://doi.org/10.2307/1340475>.

DUFF, David G. Taxing inherited wealth: a philosophical argument. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, [s. l.], v. 6, n. 1, p. 3-62, Jan. 1993. DOI: <http://dx.doi.org/10.1017/S0841820900001788>.

DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011.

_____. Sovereign virtue revisited. *Ethics*, [s. l.], v. 113, n. 1, p. 106-143, Oct. 2002a. DOI: <https://doi.org/10.1086/341579>.

_____. *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2002b.

GRAETZ, Michael J.; SHAPIRO, Ian. *Death by a thousand cuts: the fight over taxing inherited wealth*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2005.

HALLIDAY, Daniel. Inheritance and hypothetical insurance. In: WALUCHOW, Wil; SCIARAFFA, Stefan (ed.). *The legacy of Ronald Dworkin*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2016. p. 99-114.

HASLETT, D. W. Is inheritance justified? *Philosophy & Public Affairs*, [s. l.], v. 15, n. 2, p. 122-155, 1986.

KENNEDY, David. Some caution about property rights as a recipe for economic development. *Accounting, Economics, and Law*, [s. l.], v. 1, n. 1, p. 1-62, 2011. DOI: <https://doi.org/10.2202/2152-2820.1006>. Available at: <https://www.degruyter.com/document/doi/10.2202/2152-2820.1006/html>. Access on: June 2, 2023.

KINDERMANN, Fabian; MAYR, Lukas; SACHS, Dominik. Inheritance taxation and wealth effects on the labor supply of heirs. *Journal of Public Economics*, [s. l.], v. 191, p. 104-127, Nov. 2020. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.jpubeco.2019.104127>.

KYMLICKA, Will. *Contemporary political philosophy: an introduction*. 2nd ed. Oxford, UK: Oxford University Press, 2002.

LEVY, Michael B. Liberal equality and inherited wealth. *Political Theory*, [s. l.], v. 11, n. 4, p. 545-564, Nov. 1983.

MCCAFFERY, Edward J. The uneasy case for wealth transfer taxation. *The Yale Law Journal*, [s. l.], v. 104, n. 2, p. 283-365, Nov. 1994. DOI: <https://doi.org/10.2307/797006>.

MEADE, James E. *Efficiency, equality, and the ownership of property*. Abingdon: Routledge, 2013. (Routledge Revivals).

MILL, John Stuart. *Principles of political economy, with some of their applications to social philosophy*. 9th ed. London: Longmans, Green and Co., 1886.

MURPHY, Liam B. Liberty, equality, well-being: Rakowski on wealth transfer taxation. *Tax Law Review*, [s. l.], v. 51, n. 3, p. 473-494, 1996. Available at: https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/taxlr51&div=22&start_page=473&collection=journals&set_as_cursor=2&men_tab=srchresults. Access on: June 2, 2023.

MURPHY, Liam B.; NAGEL, Thomas. *The myth of ownership: taxes and justice*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2002.

NAGEL, Thomas. Liberal democracy and hereditary inequality. *Tax Law Review*, [s. l.], v. 63, n. 1, p. 113-122, 2009. Available at: https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/taxlr63&div=6&start_page=113&collection=journals&set_as_cursor=2&men_tab=srchresults. Access on: June 2, 2023.

_____. Rawls and liberalism. In: FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge companion to Rawls*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2003. p. 62-85.

NUSSBAUM, Martha C. Human functioning and social justice: in defense of Aristotelian essentialism. *Political Theory*, [s. l.], v. 20, n. 2, p. 202-246, May 1992. DOI: <https://doi.org/10.1177/0090591792020002>.

_____. Nature, function, and capability: Aristotle on political distributions. In: ANNAS, Julia; GRIMM, Robert H. (ed.). *Oxford studies in ancient philosophy*. Oxford, UK: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1988. p. 145-184. Supplementary volume.

OTSUKA, Michael. Luck, insurance, and equality. *Ethics*, [s. l.], v. 113, n. 1, p. 40-54, Oct. 2002. DOI: <https://doi.org/10.1086/341322>.

PACHECO, Cristiano Scarpelli Aguiar. Estimativas da alíquota efetiva média do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCD) nos estados e no Brasil. *Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 10, p. 1-34, jan./jun. 2020. DOI: <https://doi.org/10.12957/rfptd.2020.44756>. Available at: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfptd/article/view/44756>. Access on: June 2, 2023.

PIKETTY, Thomas. *Capital in the twenty-first century*. Translated by Arthur Goldhammer. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2017.

PIKETTY, Thomas; SAEZ, Emmanuel. A theory of optimal inheritance taxation. *Econometrica*, [s. l.], v. 81, n. 5, p. 1.851-1.886, Sept. 2013. DOI: <https://doi.org/10.3982/ECTA10712>.

PRADO, Arthur Cristóvão. Elisão do ITCMD mediante desnacionalização de patrimônios. *JOTA*, [s. l.], 9 ago. 2021. Available at: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/elisao-do-itcmd-mediante-desnacionalizacao-de-patrimonios-09082021>. Access on: June 2, 2023.

_____. Herança e estrutura de classes: uma análise a partir dos Grandes Números da Receita Federal. *Revista Debates*, Porto Alegre, v. 14, n. 1, p. 150-172, jan./abr. 2020. DOI: <https://doi.org/10.22456/1982-5269.97856>. Available at: <https://seer.ufrgs.br/index.php/debates/article/view/97856>. Access on: June 2, 2023.

- RAWLS, John. *A theory of justice*. Rev. ed. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999.
- _____. *Justice as fairness: a restatement*. Edited by Erin Kelly. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2001.
- _____. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993. (The John Dewey Essays in Philosophy, n. 4).
- REPETTI, James R. Should we tax the gratuitous transfer of wealth?: an introduction. *Boston College Law Review*, [Boston], v. 57, n. 3, p. 815-821, 2016. Available at: <https://lira.bc.edu/work/ns/f8fe554b-9171-40e3-9e85-0b9646ded5cf>. Access on: June 2, 2023.
- SAEZ, Emmanuel; ZUCMAN, Gabriel. *The triumph of injustice: how the rich dodge taxes and how to make them pay*. New York: W. W. Norton & Company, 2019.
- SEN, Amartya. *Development as freedom*. New York: Knopf, 1999.
- _____. *The idea of justice*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009.
- SMITH, Adam. *Lectures on justice, police, revenue and arms*. Reported by a student in 1763, and ed. with an introduction and notes by Edwin Cannan. Oxford, UK: Clarendon Press, 1896. Available at: <https://archive.org/details/lecturesonjustic00smituoft/mode/2up?ref=ol&view=theater>. Access on: June 2, 2023.
- STEINER, Hillel. Capitalism, justice and equal starts. *Social Philosophy & Policy*, [s. l.], v. 5, n. 1, p. 49-71, 1987. DOI: <https://doi.org/10.1017/S0265052500001242>.
- STRAND, Palma Joy. Inheriting inequality: wealth, race, and the laws of succession. *Oregon Law Review*, [s. l.], v. 89, n. 2, p. 453-504, 2010. Available at: <https://scholarsbank.uoregon.edu/xmlui/handle/1794/10955>. Access on: June 2, 2023.
- VITA, Álvaro de. *A justiça igualitária e seus críticos*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. (Coleção Justiça e Direito).

Acesse todas as edições da
Revista de Informação Legislativa

www.senado.leg.br/rii



Acesse todas as edições da
Revista de Informação Legislativa

www.senado.leg.br/rii

SENADO FEDERAL



ISSN 0034-835X



9 770034 835008 00239