



ISSN 0034-835X  
e-ISSN 2596-0466

# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Ano 59

# 234

abril a junho de 2022

SENADO FEDERAL



# **SENADO FEDERAL**

Mesa

Biênio 2021 – 2022

Senador Rodrigo Pacheco

**PRESIDENTE**

Senador Veneziano Vital do Rêgo

**PRIMEIRO-VICE-PRESIDENTE**

Senador Romário

**SEGUNDO-VICE-PRESIDENTE**

Senador Irajá

**PRIMEIRO-SECRETÁRIO**

Senador Elmano Férrer

**SEGUNDO-SECRETÁRIO**

Senador Rogério Carvalho

**TERCEIRO-SECRETÁRIO**

Senador Weverton

**QUARTO-SECRETÁRIO**

## **SUPLENTE DE SECRETÁRIO**

Senador Jorginho Mello

Senador Luiz Carlos do Carmo

Senadora Eliziane Gama

Senador Zequinha Marinho



ISSN 0034-835X  
e-ISSN 2596-0466

# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília – DF

Ano 59

# 234

abril a junho de 2022

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 André 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: Gláucia 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](mailto: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. Adrualdo de Lima Catão, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, AL, Brasil / Dr. Alan Daniel Freire de Lacerda, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Alexandre Freire Pimentel, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dra. Aline Sueli de Salles Santos, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Álvaro José Bettanin Carrasco, Procuradoria-Geral Federal, Canoas, RS, Brasil / Dra. Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Ana Claudia Santano, Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Ana Virginia Moreira Gomes, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. André Felipe Canuto Coelho, Faculdade Damas, Recife, PE, Brasil / Dr. André Saddy, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. André Studart Leitão, Centro Universitário Christus, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. André de Souza Dantas Elali, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, 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 Henrique Graciano Suxberger, UniCEUB, Brasília, DF, Brasil / Dr. Antonio Sergio Cordeiro Piedade, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dra. Bárbara Gomes Lupetti Baptista, Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dra. Beatriz Schettini, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dra. Betina Treijger Gruppenmacher, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Bruno Camilloto Arantes, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Bruno Cavalcanti Angelin Mendes, Universidade Federal de Roraima, Boa Vista, RR, Brasil / Me. Caio Alexandre Capelari Anselmo, Ministério Público Federal, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Caio Gracco Pinheiro Dias, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dr. Camilo Zufelato, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Dra. Carla Reita Faria Leal, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dr. Carlos Augusto Daniel Neto, Centro de Estudos de Direito Econômico e Social, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Carlos Eduardo Silva e Souza, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Me. Carlos Henrique Rubens Tomé Silva, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Carlos Magno Spricigo Venerio, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, 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 / Me. Clay Souza e Teles, Senado Federal, Brasília, DF, 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 / Ma. Daiana Fagundes dos Santos Carboni, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, Espanha / Me. Daniel Bogéa, Fundação Getulio Vargas, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Daniela de Melo Crosara, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Me. Danilo Augusto Barboza de Aguiar, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Danilo Fontenele Sampaio Cunha, Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, CE, Brasil / Me. Danilo Gomes de Melo, Faculdade Estácio do Recife, Recife, PE, Brasil / Dr. Dircêo Torrecillas Ramos, Fundação Getulio Vargas, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Edinilson Donisete Machado, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Eduardo Modena Lacerda, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Eduardo Rocha Dias, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Elias Jacob de Menezes Neto, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Eneida Desiree Salgado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Eugênio Facchini Neto, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Me. Fábio Feliciano Barbosa, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dra. Fabiola Albuquerque Lobo, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Federico Nunes de Matos, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Felipe Lima Gomes, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Fernando Angelo Ribeiro Leal, Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Fernando Boarato Meneguim, Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dr. Fernando Laércio Alves da Silva, Universidade Federal de Viçosa, Viçosa, MG, Brasil / Dr. Fernando de Brito Alves,

Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Flávio Barbosa Quinaud Pedron, Faculdade Guanambi, Guanambi, BA, Brasil / Dr. Francisco Humberto Cunha Filho, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. Francisco Lisboa Rodrigues, Faculdade Terra Nordeste, Caucaia, CE, Brasil / Me. Frederico Augusto Leopoldino Koehler, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, 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 Ferreira Ribeiro, UniCEUB, Brasília, DF, Brasil / Dr. Gustavo Saad Diniz, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil / Me. Gustavo Silva Calçado, Universidade Tiradentes, Aracaju, SE, Brasil / Dra. Heloisa Fernandes Câmara, Centro Universitário Curitiba, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Henrique Fernando de Mello, Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, São José do Rio Preto, SP, Brasil / Dr. Ilzver Matos de Oliveira, Universidade Tiradentes, Aracaju, SE, 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 / Ma. Janáia Gomes Garcia de Moraes, Tilburg University, Haia, Países Baixos / Dr. Jefferson Aparecido Dias, Procuradoria da República de São Paulo, Marília, SP, Brasil / Dr. Jorge Luís Mialhe, Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba, SP, Brasil / Dr. José Carlos Evangelista Araújo, Faculdades de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Dr. José Filomeno de Moraes Filho, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil / Dr. José Renato Gaziero Cella, Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil / Dr. José Tadeu Neves Xavier, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. José dos Santos Carvalho Filho, Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dra. Josiane Rose Petry Veronese, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil / Dr. João Aparecido Bazolli, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Me. João Vicente Rothfuchs, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Juliane Sant'Ana Bento, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Karine Salgado, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Ma. Laís Gonzales de Oliveira, Prefeitura Municipal de Nuporanga, Nuporanga, SP, Brasil / Dra. Leila Maria da Juda Bijos, Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Leonardo Martins, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Leonardo Netto Parentoni, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Leonel Pires Ohlweiler, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil / Dr. Lucas Fucci Amato, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Lucas Rodrigues Cunha, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Luciana Cordeiro de Souza Fernandes, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, Brasil / Dra. Luciana Cristina de Souza, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, MG, Brasil / Dra. Luciana de Souza Ramos, Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas, Manaus, AM, Brasil / Dr. Luciano Santos Lopes, Faculdade Milton Campos, Nova Lima, MG, Brasil / Dr. Luiz Caetano de Salles, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Me. 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. Luiz Fernando Afonso, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Luís Alexandre Carta Winter, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil / Dr. Marcelo Campos Galuppo, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Marcelo Casseb Continente, Procuradoria-Geral do Estado de Pernambuco, Recife, PE, 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. Marcilio Toscano Franca Filho, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil / Dr. Márcio Alexandre da Silva Pinto, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Marcio Camargo Cunha Filho, Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, Brasil / Dr. Marcio Iório Aranha, Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil / Dr. Márcio Pereira Pinto Garcia, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Marco Bruno Miranda Clementino, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, 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 Auxiliadora Minahim, Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil / Ma. Maria Clara Mendonça Perim, Ministério Público do Estado do Espírito Santo, Serra, ES, Brasil / Dra. Maria Inês Caetano Ferreira, Universidade Federal do Recôncavo da Bahia, Cachoeira, BA, Brasil / Ma. Marina Soares Marinho, Advocacia-Geral da União, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Mauro Fonseca Andrade, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, RS, Brasil / Dra. Monica Paraguassu Correia da Silva, Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil / Dr. Morton Luiz Faria de Medeiros, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dra. Mônica Herman Salem Caggiano, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, 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. Otavio Luiz Rodrigues Junior, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil / Dr. Pablo Georges Cicero Fraga Leurquin, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil / Dr. Patrick de Araujo Ayala, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil / Dra. Patrícia Borba Vilar Guimarães, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, 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 / Dr. Paulo Fernando Soares Pereira, Advocacia-Geral da União, São Luís, MA, Brasil / Dr. Paulo Henrique da Silveira Chaves, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dr. Paulo Lopo Saraiva, Faculdade Maurício de Nassau, Natal, RN, Brasil / Me. Pérsio Henrique Barroso, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Ma. Priscilla Cardoso Rodrigues, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal /

Me. Rafael Diogo Diógenes Lemos, UniFanor, Aracaju, RN, Brasil / Dr. Rafael Fonseca Ferreira, Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, RS, Brasil / Dr. Rafael Reis Ferreira, Universidade Federal de Roraima, Boa Vista, RR, Brasil / Dr. Rafael Silveira e Silva, Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, DF, 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 / Dr. Ravi de Medeiros Peixoto, Procuradoria Geral do Município de Recife, Recife, PE, Brasil / Dra. Regina Stela Corrêa Vieira, Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, SC, Brasil / Dra. Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Roberto Gomes de Albuquerque Melo Júnior, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil / Dr. Roberto Henrique Pôrto Nogueira, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil / Dr. Rodrigo Grazinoli Garrido, Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis, RJ, Brasil / Dr. Rodrigo Leite Ferreira Cabral, Ministério Público do Estado do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Rodrigo Nóbrega Farias, Universidade Estadual da Paraíba, Guarabira, PB, Brasil / Me. Rodrigo da Silva Brandalise, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal / 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 Valtecídes Alves, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Rubia Carneiro Neves, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dr. Sandro Marcelo Kozikoski, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dra. Shirlei Silmara de Freitas Mello, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, MG, Brasil / Dra. Sirlene Nunes Arêdes, Faculdade Milton Campos, Belo Horizonte, MG, Brasil / Dra. Sônia Letícia de Mello Cardoso, Universidade Estadual de Maringá, Maringá, PR, Brasil / Dr. Tarsis Barreto Oliveira, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dr. Tiago Cappi Janini, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, PR, Brasil / Dr. Tiago Ivo Odon, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Túlio Chaves Novaes, Universidade Federal do Oeste do Pará, Santarém, PA, Brasil / Dra. Valéria Ribas do Nascimento, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil / Dr. Vallisney de Souza Oliveira, Justiça Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Valter Rodrigues de Carvalho, Universidade Cruzeiro do Sul, São Paulo, SP, Brasil / Dra. Vanessa Spinoza, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil / Dr. Vicente de Paula Ataíde Junior, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. Victor Carvalho Pinto, Senado Federal, Brasília, DF, Brasil / Dr. Vinícius Pinheiro Marques, Universidade Federal do Tocantins, Palmas, TO, Brasil / Dra. Vânia Siciliano Aieta, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil / Dr. Wagner Silveira Feloniuk, Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, RS, Brasil / Dra. Walkiria Martinez Heinrich Ferrer, Universidade de Marília, Marília, SP, Brasil / Dr. Walter Claudius Rothenburg, Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, Brasil / Dr. Walter Guadalini Junior, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil / Dr. William Soares Pugliese, Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil

## AUTORES

Bistra Stefanova Apostolova é doutora em História e mestra em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; professora da graduação em Direito da UnB, Brasília, DF, Brasil. / Bruno César Lorencini é doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; doutor em Direito Administrativo, Financeiro e Processual pela Universidade de Salamanca, Salamanca, Espanha; *visiting scholar* na Universidade de Columbia, Columbia, EUA; pós-doutorando em Direito do Estado na USP, São Paulo, SP, Brasil; professor de Direito Constitucional e Ciência Política na Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil; professor do programa de pós-graduação (mestrado e doutorado) em Direito Constitucional Econômico da Universidade Alves Faria, Goiânia, GO, Brasil; juiz federal, Guarulhos, SP, Brasil. / Bruno Leonardo Câmara Carrá é doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; pós-doutor pela Universidade de Bolonha, Bolonha, Itália; professor de Direito Civil e Empresarial da graduação e do programa de pós-graduação (mestrado e doutorado) da Universidade 7 de Setembro, Fortaleza, CE, Brasil; juiz federal no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Recife, PE, Brasil. / Cid Marconi Gurgel de Souza é doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil; desembargador do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Recife, PE, Brasil. / Danilo Scramin Alves é mestre em Direito pela Universidade de Marília, Marília, SP, Brasil; doutorando em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, SC, Brasil, em regime de cotutela, com dupla titulação na Università degli Studi di Perugia, Perugia, Itália; docente do curso de Direito do Centro Universitário Uninorte de Rio Branco, Rio Branco, AC, Brasil; analista processual do Ministério Público do Estado do Acre em Rio Branco, Rio Branco, AC, Brasil. / Estefânia Maria de Queiroz Barboza é doutora e mestra em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil, com estágio doutoral (doutorado sanduíche) e bolsa Capes na Osgoode Hall Law School (York University), Toronto, Canadá; professora do programa de pós-graduação (mestrado e doutorado) da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil, e da UNINTER, Curitiba, PR, Brasil; menção honrosa no prêmio Capes de Tese de 2012; vice-presidente da Associação Ítalo-brasileira de Professores de Direito Administrativo e de Direito Constitucional; *co-chair* da seção brasileira da Society of Public Law (ICON-S); pesquisadora do Centro de Estudos da Constituição, Curitiba, PR, Brasil. / Eugênio Facchini Neto é doutor em Direito pela Università Degli Studi di Firenze, Florença, Itália; mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professor titular do curso de graduação e do programa de pós-graduação (mestrado e doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; professor da Escola Superior da Magistratura, Porto Alegre, RS, Brasil; desembargador no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil. / Felipe Camilo Dall'Alba é

mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; doutorando em Direito Processual na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; procurador federal da Advocacia-Geral da União, Porto Alegre, RS, Brasil. / Gilmar Siqueira é mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília, Marília, SP, Brasil; doutorando em Direito na Universidade Federal do Pará, Belém, PA, Brasil. / Kamila Maria Strapasson é mestra em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil; bacharela em Direito pela UFPR, Curitiba, PR, Brasil; pesquisadora do Centro de Estudos da Constituição, Curitiba, PR, Brasil; assessora jurídica do Tribunal de Justiça do Paraná, Curitiba, PR, Brasil. / Luciano Moreira de Oliveira é doutor em Direito Público pela Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; mestre em Saúde Pública pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Belo Horizonte, MG, Brasil; promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil. / Rafael Borges de Souza Bias é mestre em Direito pelo programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (PPGD-UFPE), Recife, PE, Brasil; doutorando em Direito pelo PPGD-UFPE, Recife, PE, Brasil. / Renata Queiroz Dutra é doutora e mestra em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; professora adjunta de Direito do Trabalho da UnB, Brasília, DF, Brasil; professora do programa de pós-graduação em Direito da UnB, Brasília, DF, Brasil; coordenadora do projeto "Observatório da Reforma Trabalhista no STF", Brasília, DF, Brasil; integrante da Rede de Estudos e Monitoramento Interdisciplinar da Reforma Trabalhista, Brasil; integrante da Rede Nacional de Grupos de Pesquisa em Direito do Trabalho e Seguridade Social, Brasil. / Rogério Cangussu Dantas Cachichi é mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília, Marília, SP, Brasil; doutorando em Direito na Universidade de Marília, Marília, SP, Brasil; juiz federal da Subseção Judiciária de Jacarezinho, Jacarezinho, PR, Brasil. / Shana Schlottfeldt é doutora em Informática pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; *visiting PhD student* da University of York, York, Reino Unido; mestra em Informática pela Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, Espanha; bacharelanda em Direito pela UnB, Brasília, DF, Brasil; LLB *exchange student* da Australian National University, Canberra, Austrália; Analista Legislativo da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, Brasil; membra do Comitê Gestor Pró-igualdade de Gênero e Raça da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, Brasil; pesquisadora do Observatório da Lei Geral de Proteção de Dados, UnB, Brasília, DF, Brasil. / Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior é doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, Brasil; mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; pós-doutor em Direito pelo *Ius Gentium Conimbrigae* da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; coordenador do curso de Direito e professor da graduação e do programa de pós-graduação (mestrado) em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília, Marília, SP, Brasil.

# Sumário

## Autores convidados

- 11 **A hierarquia das necessidades de Maslow e os danos extrapatrimoniais  
Um paralelo entre o Direito e a Psicologia Humanista**  
Cid Marconi Gurgel de Souza  
Bruno Leonardo Câmara Carrá

## Artigos

- 35 **Nem concisas, nem prolixas  
O novo estilo de sentenças na França e na Itália – a convergência dos extremos**  
Eugênio Facchini Neto  
Felipe Camilo Dall'Alba
- 61 **A greve dos servidores públicos civis em face das reformas de austeridade  
Um direito constitucional em disputa**  
Shana Schlottfeldt  
Renata Queiroz Dutra
- 89 **O androcentrismo e o eurocentrismo do Direito do Trabalho  
Evidências sociológicas e empíricas**  
Rafael Borges de Souza Bias
- 115 **A Literatura como meio de redescoberta do parâmetro ético no Direito e na cultura**  
Gilmar Siqueira  
Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior  
Rogério Cangussu Dantas Cachichi
- 139 **A inconstitucionalidade do condicionamento da esterilização  
voluntária ao consentimento de terceiro**  
Kamila Maria Strapasson  
Estefânia Maria de Queiroz Barboza
- 161 **Os *impeachments* de Collor e Dilma e o papel da Constituição  
na estabilização democrática brasileira**  
Bruno César Lorencini

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

- 179 **Herança jurídica portuguesa e identidade nacional**  
**Apontamentos sobre o primeiro projeto de lei apresentado**  
**na Assembleia Constituinte de 1823**  
Bistra Stefanova Apostolova
- 197 **Conteúdo normativo do direito à saúde**  
**Definição do núcleo essencial segundo a abordagem das capacidades**  
Luciano Moreira de Oliveira

### **Artigo em língua estrangeira**

- 217 **Atypical executive measures and the prohibition of surprise**  
**decisions in the Brazilian Code of Civil Procedure**  
Danilo Scramin Alves

# A hierarquia das necessidades de Maslow e os danos extrapatrimoniais

Um paralelo entre o Direito e a Psicologia Humanista

CID MARCONI GURGEL DE SOUZA  
BRUNO LEONARDO CÂMARA CARRÁ

**Resumo:** A partir do final do século XIX, a responsabilidade civil começa a experimentar um movimento de expansão do dano indenizável, o que inclui a proteção legal aos danos extrapatrimoniais. Esta pesquisa objetiva associar a evolução na proteção aos direitos da personalidade a uma progressão do espírito humano, com a utilização de premissas da hierarquia ou da pirâmide das necessidades, originalmente formulada por Abraham Maslow para a Psicologia. A metodologia utilizada é predominantemente teórica, descritiva e dedutiva, com uma abordagem qualitativa. A hipótese da pesquisa é que o processo de releitura da responsabilidade civil pode encontrar no humanismo de Maslow um fundamento adequado para justificar os novos valores jurídicos frequentemente enfrentados pela doutrina e pelos tribunais, entre eles o dano ao projeto de vida.

**Palavras-chave:** dano extrapatrimonial; proteção do ser humano; Abraham Maslow; hierarquia das necessidades; humanismo.

## Maslow's hierarchy of needs and extrapatrimonial losses: a parallel between Law and Humanist Psychology

**Abstract:** From the end of XIX Century the tort law begins to focus on the expansion of types of compensatory damages which includes the legal protection of extrapatrimonial losses. This research aims to associate the evolution of the protection of personality rights with the premises of the Hierarchy or Pyramid of Needs originally created by Abraham Maslow for Psychology. The methodology used is predominantly theoretical, descriptive and deductive, with a qualitative approach. The research hypothesis is that the rereading of civil liability may find in Maslow's

humanism an adequate foundation to justify the new legal values often faced by the doctrine and by the Courts, especially the damage to a life project.

**Keywords:** non-material damages; protection of human being; Abraham Maslow; hierarchy of needs; humanism.

## 1 Introdução

Quando se fala de contributos científicos para a ciência do Direito, o termo *interdisciplinaridade* desponta, ao mesmo tempo, como um imperativo e não raro como motivo de inquietação para o pesquisador. Para fugir ao normativismo que dominou os conceitos teóricos no último quartel do século passado, ampliou-se não apenas a metodologia como a própria forma de pensar o Direito. Dessa forma, exige-se do pesquisador da área jurídica que não se restrinja ao âmbito das normas jurídicas e expanda seu raciocínio heurístico para compreender, da forma mais integrada possível, as questões jurídicas sob a ótica de outros setores da ciência.

A partir do final do século XIX, a responsabilidade civil começa a experimentar um forte movimento de expansão, seja diminuindo consideravelmente seus pressupostos de configuração, seja alargando a noção de dano indenizável. Destacam-se os denominados *novos danos*, assim compreendidas as lesões a bens jurídicos que no passado muito dificilmente seriam considerados passíveis de indenização.

À guisa de ilustração, tornam-se indenizáveis: o tempo perdido em atendimentos ao consumidor em preterição do cuidado parental não prestado; o não atendimento de uma cláusula contratual, se a avença abrangia direitos constitucionalmente protegidos, como a habitação e a saúde; ou, de forma genérica, a privação da capacidade de desenvolver todas as potencialidades como ser humano. Atualmente, são substancialmente mais abrangentes as formas de proteção ao que tecnicamente se denomina dano ao patrimônio jurídico imaterial ou, simplesmente, dano extrapatrimonial. De modo geral, todavia, os autores que se dedicam ao estudo da matéria fazem especulações de cunho normativo para demonstrar não apenas a necessidade como a correção jurídica dos novos danos.

Para a descrição do fenômeno em apreço, busca-se com o presente artigo um fundamento além do estrito normativismo jurídico, sem,

contudo, negar sua importância, sobretudo para fins de segurança jurídica. A base para essa fundamentação extrajurídica reside em fazer uso da hierarquia ou pirâmide de necessidades, formulada por Abraham Maslow para a Psicologia ainda na década de quarenta do século XX.

A proposta consiste em demonstrar que o reconhecimento cada vez mais expandido dos danos à pessoa pode ser justificado pela tese de Maslow, segundo a qual as necessidades do ser humano se elevam, passando dos níveis mais elementares, como a sobrevivência e a autopreservação, para outros de dimensão espiritual, até permitir o pleno desenvolvimento de todas as potencialidades do indivíduo. Assim, o processo de releitura da responsabilidade civil, que toma o ser humano como seu centro de gravidade, pode encontrar no humanismo de Maslow um fundamento adequado para justificar e qualificar as novas paletas de valores entabulados pela doutrina jurídica com frequência cada vez maior e admitidos pelos tribunais com igual amplitude.

O artigo compreende três seções complementares. De início, a título de resumo, exploram-se as principais ideias de Maslow em sua hierarquia de necessidades. Focando o ordenamento brasileiro, passa-se a considerar que a história recente dos danos à pessoa outorga proteção jurídica cada vez mais dilatada ao indivíduo com o transbordo da sistemática reparadora estritamente patrimonialista. Torna-se patente o reconhecimento de atributos da personalidade que transcendem aspectos de ordem material. Nesse sentido, a proteção jurisdicional desse patrimônio intangível converge, *mutatis mutandis*, para as teses de Maslow de que o homem deve ser compreendido de modo holístico. Essa sinergia torna possível o aproveitamento de suas teses pelos operadores de Direito em geral e, em especial, para o exercício da judicatura. Por fim, buscar-se-á associar o conceito de *autorrealização*, ponto culminante da hierarquia de Maslow, a certas figuras de dano já reconhecidas pela dogmática contemporânea, demonstrando a validade da presente proposta.

O método de pesquisa será fundamentalmente teórico e descritivo, pois se estudará de que maneira as necessidades humanas, na perspectiva de Maslow, podem orientar as novas tendências de análise e de enquadramento da responsabilidade civil no âmbito jurídico. Além disso, utilizar-se-á o método dedutivo e a abordagem qualitativa, em razão da preocupação com os fatos sociais, vale dizer, com o modo como as categorias da pirâmide de Maslow podem ser aplicadas para a identificação dos novos tipos de danos extrapatrimoniais, para o assentamento categorial ou classificatório da responsabilidade civil e, conseqüentemente, para a clarificação decisória de julgadores das mais diversas instâncias.

## 2 As ideias de Maslow sobre o ser humano: das necessidades básicas à autorrealização

Um dos pais da chamada *Psicologia Humanista*<sup>1</sup>, Maslow considera que a realização pessoal seria o objetivo último de todos os *constructos* humanos: das atividades econômicas da indústria e do comércio, do conhecimento filosófico e científico das diferentes áreas, como a Medicina, a Física, a Engenharia, o Direito. Em outras palavras, a finalidade última de todas essas atividades é possibilitar a plenitude de cada ser humano (MASLOW, 1956, p. 10).

Em 1943, Maslow publicou um artigo científico de grande repercussão, intitulado *Uma teoria da motivação humana* (MASLOW, 1943). Trata-se da hierarquia ou pirâmide de necessidades, que pode ser definida *sic et simpliciter* como uma escala de desejos inerentes aos seres humanos, os quais orientam sua existência visando à sua satisfação.

Naturalmente, foge ao objetivo do presente estudo aprofundar-se nas nuances envolvendo a crítica, a correção e as atualizações de sua teoria, mas sua grande contribuição – a de fornecer evidências empíricas de que a motivação humana está associada ao preenchimento de uma grade de necessidades que abrangem elementos biológicos, emocionais, culturais e espirituais – continua relevante para a Psicologia<sup>2</sup> e

---

<sup>1</sup> A Psicologia Humanista surgiu como resposta às limitações da teoria psicanalítica freudiana, bem como ao *behaviorismo* radical de Skinner. De forma geral, os psicólogos a identificam como uma terceira força ou via, que “ênfatisa os impulsos inerentes dos indivíduos para sua realização pessoal” e abrange “o processo de realização e expressão das capacidades e da criatividade de cada um” (ROWAN; GLOUBERMAN, 2018, p. 47, tradução nossa).

<sup>2</sup> Contudo, a dinâmica motivacional de Maslow teria falhado em definir empiricamente várias de suas proposições estruturais. Se num primeiro momento ele acerta, superando as teses behavioristas ao dizer que os estímulos motivacionais não se reduzem ao *nível biológico*, ele não consegue demonstrar, com o necessário rigor científico, como e de que forma sua hierarquia, especialmente em

faz parte do *estado da arte* de campos do conhecimento, como a Administração de Empresas, a Publicidade e mesmo a Economia.<sup>3</sup>

Os seres humanos são fundamentalmente motivados pelo desejo de satisfazer suas necessidades (*wanting being*), que Maslow (1943) classifica em cinco tipos. Resumidamente, ter-se-ia a seguinte sequência de necessidades: a) fisiológicas (comida, água, aquecimento, saúde em sentido mais estrito, como simples homeostase etc.); b) segurança (não apenas física mas também financeira, de modo a garantir a existência em sentido material); c) de amor ou relacionamento (necessidades de afiliação ou afeto que acompanham o desenvolvimento do indivíduo); d) de estima; e) de realização pessoal.

Na base da pirâmide encontram-se as necessidades relacionadas com a própria sobrevivência do indivíduo. Os quatro primeiros níveis da hierarquia referem-se às chamadas necessidades de *déficit* (*deficit needs* ou *D-needs*). As fisiológicas (*physiological drives or needs*) são as de mais simples e fácil percepção, pois se associam a tudo aquilo que é mais crucialmente vital ou à sobrevivência biológica. Maslow (1943, p. 373, tradução nossa) enfatiza que sua satisfação é a canalizadora para o preenchimento de todas as demais: “para um ser humano a quem falte tudo na vida de forma extrema, o mais provável é que sua maior motivação seja (a satisfação) das necessidades fisiológicas mais do que todas as outras”.

Note-se ainda que o provimento das necessidades fisiológicas não passa apenas pela nutrição. Ter um abrigo para se proteger das intempéries, por exemplo, é igualmente importante. Elas também se associam ao descanso e

---

seus níveis superiores, reflete-se na homeostase de cada indivíduo (SAMPAIO, 2009, p. 14).

<sup>3</sup> Nesse sentido, convém recorrer à leitura de Bohrer (1981), Hesketh e Costa (1980) e Cavalcanti, Gouveia, Medeiros, Mariano, Moura e Moizeis (2019).

à atividade sexual, a qual, ao contrário do que se possa pensar, também é influenciada por fatores culturais. Uma importante peculiaridade delas, prossegue Maslow (1943, p. 374, grifos nossos, tradução nossa), é que a motivação por preencher as necessidades não afeta apenas o corpo: “para nosso homem crônica e extremamente faminto, *Utopia* pode ser definida muito simplesmente como um lugar *cheio de comida*”.

A natural preocupação com os meios de sobrevivência poderia explicar o porquê de por séculos os danos à pessoa terem sido associados quase que exclusivamente às consequências patrimoniais resultantes da agressão à sua vida ou à sua integridade corporal. As reticências com as quais os ordenamentos jurídicos viam a possibilidade de indenização dos atributos extrapatrimoniais da personalidade podem ser associadas exatamente ao *déficit* de meios, instrumentos ou técnicas capazes de garantir o provimento das necessidades fisiológicas do ser humano, o que somente veio a acontecer com a relativa estabilização dos meios de produção industrial a partir do século XIX.

O raciocínio associativo prossegue conforme se avança em direção ao topo da pirâmide de necessidades.<sup>4</sup> Preenchidos os imperativos fisiológicos, chega-se aos de segurança. Para que façam sentido as assimilações entre as ideias motivacionais ora expostas e a evolução dos bens, importa esclarecer desde logo que Maslow – ao contrário do que é muitas vezes dito por seus comentadores – nunca apresentou sua hierarquia de modo rígido. Em todo o artigo deixou claro que nem sempre o padrão se cumpre de forma retilínea. Mais ainda, um nível pode associar-se a outro de forma quase imediata, como ocorre

---

<sup>4</sup>O próprio Maslow nunca utilizou a imagem da pirâmide, valendo-se tão somente do termo *hierarquia*. Foram os manuais de Psicologia que prodigalizaram essa imagem para expressar graficamente o escalonamento hierárquico proposto por Maslow (1943).

com as necessidades de segurança, que em termos práticos são muito próximas das necessidades fisiológicas (MASLOW, 1943, p. 376).

Todavia, nos estímulos de segurança surge uma ideia nova: a de estabilidade. A frase em que Maslow coloca em perspectiva sua distinção e importância é a seguinte: “praticamente tudo aparenta ser menos importante que a segurança (até mesmo, algumas vezes, as necessidades fisiológicas às quais sendo (relativamente) satisfeitas são agora subestimadas)” (MASLOW, 1943, p. 376, tradução nossa). A segurança de que se trata aqui, por óbvio, ostenta um correlato aspecto fisiológico, embora distinto da manutenção da homeostase ou da adequação às demais funcionalidades corporais. Em última análise, ela diz respeito também ao instinto de sobrevivência e à autopreservação.

A previsão de um comportamento é fundamental para que os indivíduos saibam o que fazer nas mais variadas situações: agir, reagir ou evitar, de modo a projetar sua sobrevivência com um elevado coeficiente de eficácia. No ambiente cultural, as necessidades de segurança envolvem também elementos econômicos e financeiros (GOUVEIA, 2003, p. 434). Aqui, uma vez mais, associa-se o preenchimento de uma necessidade material aos aspectos exclusivamente patrimoniais que dominaram a lógica da reparação civil por séculos, como adiante será bem desenvolvido.

Entretanto, à medida que as necessidades materiais são satisfeitas surgem as de amor, afeto e pertencimento (*love, affection and belongingness needs*). Considera-se aqui o ser humano em seus relacionamentos. Como afirma o poeta John Donne, nenhum homem é uma ilha, porque existem as necessidades afetivas. Embora não corresponda mais a necessidades físicas apenas, seu não preenchimento dá margem a consequências psicossomáticas, como a depressão e a ansiedade. Diz Maslow (1943,

p. 381, tradução nossa): “praticamente, todos os teóricos de psicopatologia têm ressaltado a frustração das necessidades de afeto como o princípio básico no quadro do desajustamento”.

No quarto nível da hierarquia, estão as necessidades de estima (*esteem needs*). As pessoas passam a considerar o respeito e a apreciação de si próprias (autoestima) e dos demais (reconhecimento). Essas necessidades relacionam-se, por um lado, à imagem que o indivíduo tem de si mesmo e a aspectos de ordem existencial, como ter noção de suas próprias capacidades, do uso da liberdade e da honra; por outro, em sentido oposto, à ideia de reputação, que é a imagem ou conceito que os demais participantes do grupo têm de um de seus membros. Maslow (1943) exemplifica o primeiro subgrupo fazendo referência a atributos como altivez, desejo de conquista, sentimentos de capacidade, de (auto)confiança em face do mundo, bem como de independência e liberdade. Em relação ao segundo subgrupo, menciona o reconhecimento, a importância, a atenção (MASLOW, 1943, p. 381-382). Assim como as necessidades de afeto, estas últimas são necessidades de ordem social, cuja deficiência pode conduzir a quadros de neurose.

Uma vez supridas as necessidades de *déficit*, torna-se possível o implemento das necessidades do ser (*being needs* ou *B-needs*) que, também chamadas de necessidades de crescimento (*growth needs*), concentram-se na autorrealização (*self-actualization*). Nas palavras do autor: “Mesmo que todas essas necessidades estejam satisfeitas, nós ainda poderemos frequentemente (senão sempre) esperar que um novo descontentamento e inquietação logo se desenvolverão a menos que o indivíduo esteja fazendo aquilo para o qual é destinado” (MASLOW, 1943, p. 382, tradução nossa). Basicamente, suas ideias sugerem que, de forma geral, após o preenchimento das necessidades de privação ou déficit,

surge uma derradeira que compreende desejos associados à curiosidade, ao conhecimento, à criatividade, e à solidariedade, entre outros.

Maslow (1965) chega a enunciar quatorze características das pessoas autorrealizadas, entre elas a sinceridade, a bondade, a simplicidade, a compreensão. O indivíduo não se volta mais apenas ao preenchimento de suas necessidades, senão que lhe aflui um sentimento de coletivização ou de espírito social (*Gemeinschaftsgefühl*). É o comprometimento da pessoa com o sentido da vida e a sensação de que ela somente vale a pena quando se transcende “a própria pele” em benefício da humanidade, o que caracteriza a autorrealização. Por outro lado, sua privação pode levar a estados de *metapatologia*, que seriam verdadeiras doenças da alma (MASLOW, 1965, p. 110-111).

Com efeito, Maslow (1943) destaca que sua hierarquia pressupõe uma visão holística das necessidades. Isso quer dizer que todas devem ser consideradas de forma conjuntural. Nada obstante, elas são fluidas, o que significa que podem ser satisfeitas de modo simultâneo. Assim, um comportamento contém geralmente o desejo de satisfação de várias delas. Noutros termos: conquanto as categorize em abstrato como uma hierarquia de necessidades, de forma concreta elas podem coincidir.

Contudo, é importante esclarecer: quando se fala que um mesmo comportamento pode importar a satisfação de várias necessidades ao mesmo tempo, deve destacar-se que cada uma tem um *locus* próprio. Se fisiologicamente o ato de ingerir alimentos é aparentemente o mesmo em diferentes situações, os sentimentos são claramente diversos quando, por exemplo, é realizado por necessidade estritamente fisiológica, ou por participação em um jantar protocolar. Por fim – e aqui se ingressa em um ponto de particular interesse – vem a questão da progressão na hierarquia propriamente dita. A tese

central é a de que somente se consegue subir um dos degraus da *pirâmide* quando o anterior já foi devidamente preenchido: “As necessidades humanas se organizam em hierarquias de pre-mência (*pre-potency*)” (MASLOW, 1943, p. 370, tradução nossa).

Todavia, o próprio Maslow (1943) admitia “uma série de exceções” à hierarquia por ele proposta. Tais exceções são tão amplas que, desde logo, autorizavam colocar em xeque a ideia perfeita e retilínea de uma hierarquia de necessidades estanques e pré-requisitórias. O autor as agrupa em sete subdivisões, que indicam situações ora de pessoas que diferiam no tocante à satisfação de uma necessidade superior antes de uma inferior, ora de indivíduos que se diferenciavam pela total eliminação das necessidades de deficiência (*D-needs*). Ele igualmente declara que, ao haver afirmado que uma necessidade mais elevada só surge após a satisfação da mais básica, pode ter sido gerada a “falsa impressão de que uma necessidade tenha que estar cem por cento satisfeita antes que a próxima necessidade emerja”, como se a correlação entre elas fosse de “tudo ou nada” ou pré-requisitória, isto é, somente se alcança o próximo nível de necessidade se atingido o nível inferior. Entretanto, nem sempre é assim, visto que “uma descrição mais realista da hierarquia seria em termos de percentuais decrescentes de satisfação enquanto se caminha adiante nela” (MASLOW, 1943, p. 388, tradução nossa).

É imperativo considerar que, especialmente nesse ponto, a teoria foi alvo de reiteradas críticas ao longo das sete décadas que se passaram desde sua formulação até os dias atuais. São comumente citados dois estudos, um de 1976 e outro de 2011, que apontaram uma série de inconsistências e de evidências empíricas limitadas para comprovar a progressão hierárquica de necessidades proposta por Maslow. Ainda assim, na pesquisa realizada por Wahba e Bridwell

(1976), verificou-se algo importante: o fato de que realmente haveria pessoas mais preocupadas com o preenchimento ou com a satisfação das *B-needs* que com as *D-needs*.

Por outro lado, no trabalho de Tay e Diener (2011), embora se tenha apontado a ausência de bases experimentais sólidas para a comprovação da escala progressiva sugerida por Maslow, tomando-se como referência um levantamento feito em nada menos que 123 países, as conclusões parecem mais confirmar que infirmar as ideias de Maslow. Se eventualmente foi demonstrado que havia *saltos* nos níveis de hierarquia, sugerindo muito mais independência que dependência entre eles, foi evidenciado que, na medida em que mais pessoas superam pelo menos os níveis hierárquicos de necessidades de cunho básico, mais se avança na busca do *significado da vida* (*a meaningful life*). A conclusão dos autores é que há evidência empírica de que o maior preenchimento de necessidades dessa natureza favorece a vida em sociedade (TAY; DIENER, 2011, p. 364).

É interessante considerar que, em obras posteriores, Maslow (1987) alude a aspectos parecidos, confirmando que a questão da progressão das necessidades em forma escalonada (rígida) não é o aspecto mais importante a considerar em sua teoria. Para tomar a teoria de Maslow como fundamento adequado para a conceituação dos danos à pessoa – como se quer neste estudo –, importa considerar a perspectiva holística e evolutiva global das necessidades superiores e inferiores confirmadas em vários estudos científicos, e não propriamente a existência de hierarquia entre as necessidades.

Todavia, é perfeitamente possível associar a dinâmica (não rígida!) das necessidades com a evolução dos danos à pessoa no cenário jurídico europeu, tanto nos sistemas ditos continentais como na *common law*, que se projetou ao longo do século XX no Direito brasileiro. Nesse

aspecto, é possível traçar um paralelo inicial entre as ideias de Maslow (1943) e a noção de ondas ou gerações de direitos fundamentais: a cada geração corresponderia um suporte fático específico para um grupo de direitos que merecem ser reconhecidos e garantidos pelas constituições e, por arrastamento, por todo o ordenamento jurídico (SILVA, 2010, p. 76).

A chamada teoria *geracionista* proposta por Vasak (1979 apud BONAVIDES, 2011, p. 563), que goza de bastante prestígio no Brasil, alerta para o fato de que não existe propriamente uma superação, e sim uma complementação de direitos baseada na evolução histórica que vai das liberdades públicas (direitos fundamentais de primeira geração) aos direitos sociais ou coletivos (direitos fundamentais de segunda geração), chegando por fim àqueles que fundem uma coisa noutra e apresentam como elemento caracterizador a solidariedade (direitos fundamentais de terceira geração).<sup>5</sup>

Se, como destaca Sarlet (2009, p. 45), as gerações de direitos fundamentais buscam assinalar que a proteção dada pelo Direito Constitucional ao indivíduo deve ser considerada um *continuum*, dilatando-se do modo mais amplo possível em função do conteúdo, do nível e da complexidade de cada sociedade, o paralelo com as ideias de Maslow é nitidamente viável e perceptível.<sup>6</sup> Ao estatuir que a plenitude do

indivíduo somente é alcançada com a satisfação de necessidades que vão (muito) além de aspectos patrimoniais – ultrapassam a aceitação social ou, em seu patamar mais elevado, só se concretizam de forma genuína com uma atuação social engajada em prol de toda a humanidade –, Maslow termina por fornecer uma adequada moldura interpretativa para a análise e a avaliação dos variados tipos de danos à pessoa em conformidade com as inovações advindas do Direito Civil Constitucional.

Essa convergência torna-se completa quando se coloca em análise os danos ao projeto de vida, que se apreciará ao final deste trabalho. Por ora, entretanto, trata-se de evidenciar melhor a associação proposta entre a hierarquia das necessidades de Maslow e a evolução dos danos à pessoa.

### **3 Hierarquia de necessidades e evolução dos danos à pessoa: uma convergência**

Como dito na introdução, deseja-se correlacionar as ideias de Maslow (1943), em especial a sua hierarquia das necessidades, à evolução da percepção e do reconhecimento oficial das espécies de danos à pessoa hoje legitimados pela responsabilidade civil. Em definitivo, o que se deseja demonstrar é que a evolução da consciência dos danos extrapatrimoniais ostenta uma correspondência direta com o reconhecimento das necessidades imanentes aos indivíduos, de acordo com o desenvolvimento de cada sociedade humana.

As conquistas históricas – em especial aquelas oriundas das gerações de direitos fundamentais que se traduziram no reconhecimento cada vez mais amplo pelos diferentes ordenamentos jurídicos de interesses tanto no âmbito individual como social – convergem para a escala de

<sup>5</sup> Aqui não se aludirá à existência de outras gerações, embora o tenha feito o próprio constitucionalista Bonavides (2011), por exemplo.

<sup>6</sup> Por lealdade acadêmica, deve-se informar que as coincidências não estão apenas nos aspectos positivos da associação formulada. Como a hierarquia de Maslow, a formulação das gerações de direitos fundamentais vem sofrendo críticas por não encontrar sustentação histórica sólida. Nesse sentido, convém consultar Trindade (2000). De todo modo, o agrupamento de tais ondas ou gerações de direitos, como ocorre com as necessidades inferiores e superiores até chegar à autorrealização, é bastante aceitável no todo quando colocados em perspectiva os avanços e conquistas vivenciados no âmbito dos direitos da personalidade ao longo do século XX. Sobre o assunto, é fundamental recorrer à leitura de Bobbio (1996).

necessidades proposta por Maslow. Assim, o conceito de dano à pessoa deixa de ser algo estrito e passa a abrigar aspectos transcendentais da individualidade, os quais coincidem ou emparelham-se com a ideia de autorrealização, situada no ápice da hierarquia de necessidades de Maslow (1943).

Inicia-se aqui com o panorama tradicional da responsabilidade civil, até mesmo porque, como já dito, o fato de se reconhecer uma necessidade mais elevada não implica a supressão ou a omissão de outra mais básica. Alude-se, assim, às tradicionais formas de reparação aos danos à pessoa. A reparação pela morte ou por agressão à integridade corporal era admitida pela responsabilidade civil muito mais em consideração aos aspectos patrimoniais que propriamente a atributos de ordem emotiva, psicológica ou espiritual.

Com efeito, até o século XIX, o Direito Privado tendia simplesmente a excluir da ideia de responsabilidade civil tudo o que não fosse aferível em dinheiro, deixando que o Direito Penal se ocupasse das sanções extrapenais. Na lição de Castronovo (2006, p. 59): “In questi termini la dimensione patrimoniale sembra affidata (anche) al diritto privato, quella non patrimoniale al diritto penale”. Findo o percurso de um longo caminho, deu-se a admissão do dano à pessoa pela responsabilidade civil. Excluía-se a reparação de toda forma de lesão de valores imateriais por se considerar que não se podia reparar em dinheiro o que não poderia ser exprimível em dinheiro.

No Direito brasileiro, por exemplo, ficou famosa a lição de Alvim (1972), naturalmente anterior à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), segundo a qual o termo *dano* designaria qualquer lesão de bem jurídico, mesmo o *dito* dano moral interpretado em sua acepção comum. Porém, do ponto de vista estritamente jurídico, a única lesão danosa a ser considerada seria aquela contra o patrimônio, afastando-se a lesão moral (ALVIM, 1972, p. 172). O afastamento da proteção da pessoa teria surgido porque a *Lex Aquilia*, em suas origens, requeria a alteração física da coisa, prescrevendo uma *aestimatio* própria, que somente poderia ter por objeto, portanto, um dano patrimonial. A *deminutio pretii* seria, então, um de seus pressupostos. Com o passar do tempo, a noção de dano aquilino foi convertida numa verdadeira *cláusula geral* para qualquer forma de lesão, desde que patrimonial e, portanto, pecuniariamente mensurável.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Além de duas outras famosas passagens de Paulo e Ulpiano, um trecho de Gaius sempre é invocado para demonstrar a não ressarcibilidade dos danos não patrimoniais no Direito Romano. “Quando, com o que se houver jogado ou derramado, houver sido lesionado o corpo de um homem livre, o juiz deve computar [o valor d’] os honorários pagos ao médico e os demais gastos, se houver, para obter-se a cura; e [além disso] o valor [ganho através] do trabalho de que esteve privado, ou de que haverá de estar privado porque para ele se

A ideia dominante em legislações que buscavam seguir a lógica padrão da tradição romana do *pretium doloris*<sup>8</sup> limitava o reconhecimento dos danos à pessoa aos aspectos concernentes à diminuição da capacidade de alguém se prover, caso houvesse lesão de sua integridade corporal, ou à perda do provimento dos seus, caso houvesse morte. Se há dúvidas, comprova-se o argumento pela referência a três artigos do revogado Código Civil de 1916 (BRASIL, [2002]): o 1.537, que tratava de indenização no caso de homicídio; o 1.538 e o 1.539, que tratavam de “ferimento ou outra ofensa à saúde”.

No primeiro caso, a indenização consistiria “no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família”, e na “prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia”. No segundo, corresponderia aos lucros cessantes até o fim da convalescença. Contudo, se da ofensa resultasse defeito que impedisse o ofendido de exercer seu ofício ou profissão, ou que lhe diminuísse o valor do trabalho, além das despesas acima mencionadas a indenização incluiria “uma pensão correspondente à importância do trabalho, para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu” (BRASIL, [2002]).

Assim, como era de se esperar, o Código Civil de 1916 não contemplava qualquer reconhecimento da dignidade humana amparada em valores imateriais ou puramente extrapatrimoniais. Naqueles idos, como na escala de necessidades de Maslow, cuidava-se de assegurar, quando muito, as necessidades mais básicas. O leitor bem atento poderia, contudo, refutar a afirmação contrapondo-a à parte final da redação do art. 1.538 que dizia que, além do mais, o ofensor deveria pagar igualmente uma importância a título de *multa* “no grão médio da pena criminal correspondente” (BRASIL, [2002]).<sup>9</sup>

No entanto, interpretada com rigor analítico, a regra confirma tudo o que foi dito anteriormente. A expressão *multa* previamente fixada fala por si só. Não era uma indenização, mas sim uma *pena civil*. De todo modo, se alguma dúvida ainda figura a esse respeito, basta ler o que escreveu o próprio

---

tornou inútil. Mas não se faz a estimação das cicatrizes, ou de alguma deformidade, porque o corpo de um homem livre não admite qualquer forma de estimação” (OMINI..., [20--?], Dig. 9.3.7, tradução nossa). A questão, entretanto, encontra-se longe de ser considerada superada, pois parte igualmente abalizada da doutrina advoga a reparabilidade de tais lesões em Roma, a começar por ninguém menos que Rudolf von Ihering. No Brasil, entre outros, alinham-se com essa interpretação Dias (1983) e Silva (1983).

<sup>8</sup>Na verdade, a expressão *preço da dor* ou *Schmerzengeld*, como ficou conhecida em função da relevância atual da doutrina alemã, já denota uma limitação que claramente coincide com a hierarquia de Maslow (1943), pois associa a noção de dano moral apenas àquelas necessidades de ordem biológica.

<sup>9</sup>Contudo, por uma deficiência redacional, a doutrina, refletindo o acerto de decisões de vários tribunais de Justiça no País, sempre entendeu ser impossível a aplicação da regra contida no § 1º do art. 1.538 do Código Civil, pois o Código Penal, bem como a anterior Consolidação das Leis Penais, em momento algum estipula multa para o crime de lesão corporal, que seria o ilícito correlato na esfera criminal. Nesse sentido, ver Dias (1983, p. 809-810).

redator da primeira codificação civil brasileira: “Estabelecendo as bases da indenização, no caso de homicídio, o Código Civil não atendeu ao dano moral, que considera em outros casos, por não haver elementos seguros para a apreciação desse dano, que varia consideravelmente segundo as hipóteses”. Mais interessantes são suas palavras logo adiante: “os fatores de felicidade e bem estar não somente são aqui inapreciáveis, como escapam a uma regulamentação”. Por derradeiro, o jurista cearense deixa textualmente dito que, no caso de homicídio, o que a indenização almeja reparar é a privação econômica decorrente da perda do provedor da família, bem como as despesas resultantes do fato ilícito (BEVILÁQUA, 1955, p. 245).

É interessante observar que ao longo dos anos a doutrina inicia um trabalho evolutivo de expandir a liberdade dos juízes em fixar as indenizações. Tanto é assim que se criticava abertamente o caráter restritivo da fórmula apregoada no mencionado art. 1.537 do Código Civil de 1916 e se começava a falar em *fluidade da indenização*, a qual deveria contemplar alterações futuras (LOPES, 2001, p. 409). O grande desafio era conseguir sobrepor-se à cultura jurídica arraigada da *patrimonialidade* do dano para justificar uma indenização civil extrapatrimonial. Como bem se sabe, até o advento da CRFB o cenário jurídico nacional foi dominado pela ideia de que não haveria uma *cláusula geral* para o dano moral (SILVA, 2006, p. 137).<sup>10</sup>

A crítica à injustiça da concepção de indenização limitada ao dano patrimonial começou a impulsionar inicialmente os civilistas e

progressivamente os tribunais brasileiros. Na doutrina, por exemplo, colhia-se a consagrada lição de Miranda (1972, p. 219): “mais contra a razão ou o sentimento seria ter-se como irrisarcível o que tão fundo feriu o ser humano, que há de considerar o interesse moral e intelectual acima do interesse econômico, porque se trata de ser humano”. A frase, como tantas outras do jurista alagoano, é tão perfeita que transcende a si mesma. Sendo o Direito, por definição, *homo mensura* (Protágoras), espera-se que dele não seja excluído precisamente aquilo que define o humano: sua psique.<sup>11</sup> Ainda assim, transcorreram décadas até que os danos morais fossem definitivamente reconhecidos de forma ampla no Brasil.<sup>12</sup> Quando esse reconhecimento já era uma realidade em países como a Grã-Bretanha e a França, por aqui a noção de plena reparabilidade dos danos morais só se sedimentou recentemente.

Na tradição da *common law*, por exemplo, *seu* reconhecimento jurisdicional veio a ser admitido sob a categoria do *Intentional infliction of emotional distress* ou *tort of outrage*, reconhecido em *Wilkinson v. Downton*, pelo 2. QB 57, no ano de 1897 (UNITED KINGDOM, 1897). Foi então aceito pela primeira vez que a agonia, a dor pura, o abalo psicológico também eram interesses passíveis de indenização, na medida em que constituíam uma agressão à integridade psicossomática do ser humano. Ao reconhecer um

<sup>11</sup> Não se está aqui defendendo qualquer retorno ao paradigma *subjetivo* de definição dos danos morais. A violação do direito de cada indivíduo à plenitude é absolutamente compatível com uma indenização civil, já que a verificação da lesão pode dar-se em caráter objetivo, tendo como referência, por exemplo, a hierarquia de necessidades de Maslow, conforme se propõe neste estudo.

<sup>12</sup> Um apanhado da jurisprudência nacional em relação ao dano moral foi feito por Monteiro Filho (1995), que alude, entre outros, ao julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, de Recursos Extraordinários (RE) que vão da negativa do dano moral (RE 11.974/MG (BRASIL, 1953); RE 42.723/MG (BRASIL, 1959)) à sua aceitação em tese, porém negada no caso concretamente apreciado (RE 19.272/DF (BRASIL, 1952)), até chegar à sua plena aceitação (RE 59.111/CE, relatado pelo ministro Djaci Falcão (BRASIL, 1967)).

<sup>10</sup> Uma vez mais, a afirmação precisa ser contextualizada. Ao longo das várias décadas que separam a vigente CRFB do Código Civil de 1916, autores de porte defendiam a existência do dano moral entre nós mesmo antes da primeira codificação. Ainda assim, a *praxis* firmada era a de que todo dano que não tivesse natureza patrimonial não poderia ser objeto de qualquer indenização. Nesse sentido, ver as lições de Delgado (2011, p. 126-128).

dano baseado apenas em aspectos psicológicos, aquele tribunal iniciaria o processo de admissão dos danos morais na Inglaterra por meio de uma espécie de instituto de indenização puramente extrapatrimonial adensado na expressão *dor e sofrimento* (*pain and suffering*) – hoje, aliás, já bastante modificada –, mas que foi a base para a evolução da proteção dos danos extrapatrimoniais naquela tradição jurídica (HUNT, 2015).

Na França, a Corte de Cassação manifestou-se definitivamente sobre os danos morais no julgamento do *affaire Lejars contre Consorts Templier*, em 13 de fevereiro de 1923 (FRANCE, 1923). Na ocasião, julgava-se se constituiria forma própria de dano a *dor* sofrida pelos filhos do falecido senhor Templier. A conclusão, que até hoje é aceita com apenas alguns ajustes de fundamentação, foi que, a despeito da ausência de todo e qualquer dano material na hipótese, não se pode negar aos filhos reivindicar uma indenização a tal título (PIERRE, [2014?]). Com suporte na doutrina francesa, a lição de Pereira (2016, p. 75) – a quem coube o relevante mérito de inserir a menção ao dano moral no Projeto de 1975, do qual derivou o atual Código Civil – destacava que seria configurado como dano moral toda e qualquer forma de violação “à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranquilidade, ao seu amor-próprio estético, à integralidade de sua inteligência, a suas afeições etc.”.

Na perspectiva individual e interiorizada, nota-se a correspondência quase completa entre a noção de dano moral e as necessidades superiores de Maslow. É perfeitamente emparelhável a evolução do reconhecimento estatal – pela via jurisdicional, ao longo do século XX – dos danos extrapatrimoniais com a hierarquia de necessidades de Maslow (1943). Parece inequívoco o seu proveito heurístico para explicar a gradual aceitação da indenização por danos extrapatrimoniais como reconhecimento de

que as necessidades humanas não se limitam a aspectos meramente biológicos ou fisiológicos relativos à sobrevivência material.

As ofensas à honra eram indenizáveis desde os primórdios do Direito romano, o que conduziria à conclusão de que, valendo-se do sistema de necessidades de Maslow, tais necessidades – que seriam de *estima* e, portanto, as últimas antes da autorrealização – já seriam reparáveis de longa data. Essa constatação poderia contradizer a ideia de que durante quase toda a história a regra era que as indenizações considerassem os aspectos patrimoniais por haver a responsabilidade civil tomado como *horizonte de eventos* as necessidades básicas. Ainda assim, a tese central ora proposta não fica refutada, pelo menos não por isso.

Conforme já explanado, o modelo tradicional da liquidação do dano à pessoa vedava qualquer forma que não dissesse respeito a alguma perda de seus rendimentos ou de prejuízo efetivamente sofrido em seu patrimônio. Mesmo sob a influência do *Codice* de 1942 (ITALIA, 1942), cuja redação já incorporara o termo *danos não patrimoniais* em seu art. 2.059, a jurisprudência italiana somente os admitia em episódios de violação à honra, à reputação e à privacidade diante da específica prova do dano patrimonial sofrido (FRANZONI, 2010, p. 393). Por aqui, Beviláqua já havia resolvido a questão de modo idêntico e ainda mais prático mercê da regra contida no art. 1.547 do Código Civil de 1916: “A indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido” (BRASIL, [2002]).

Para quem se apressasse em identificar, no campo semântico do termo *danos* genericamente considerado, os danos de caráter moral, o parágrafo único do mencionado dispositivo soava desalentador: “Se este não puder provar prejuízo material, pagar-lhe-á o ofensor o dobro da multa no grão máximo da pena criminal

respectiva” (BRASIL, [2002]). A regra se repete nas hipóteses de violação à liberdade pessoal (art. 1.550). Sempre prepondera a satisfação da perda patrimonial. Não se trata verdadeiramente de dano moral, pois a *multa* (pena civil, e não indenização, como já destacado) tem claro caráter supletivo, ou seja, pressupõe dano patrimonial que não se pôde provar.

Ainda pior é a situação relacionada à liberdade sexual da mulher (art. 1.548), em que a indenização era o pagamento de um dote como forma de compensação diante da impossibilidade do casamento. Tamanha era a força da avaliação patrimonial do dano que o dote era tomado como verdadeiro meio de vida. De todo modo, se observada a questão em sua literalidade, muitos direitos que se refletem sobre a personalidade (só mais recentemente reconhecidos como de segunda geração) estão mais associados às necessidades básicas que à estima. Note-se, todavia, a sutileza da diferença: a lesão ao direito à habitação, por exemplo, pode ser considerada tanto sob o enfoque patrimonial como imaterial.

A superação do dano material para o moral puro é que guardaria claro paralelo com as *necessidades superiores* de Maslow, visto que um mesmo fato poderia satisfazer diferentes formas de necessidades. Com o tempo, o paradigma patrimonial vai admitindo outras formas de dano à pessoa não baseadas na “perda da capacidade de ganho”, relata Franzoni (2010, p. 391, tradução nossa): “junto com o dano (decorrente) da perda de rendimento, de muito tempo se faziam acostar ulteriores figuras de prejuízo como o dano à vida de relação, o dano estético, o dano à esfera de sexualidade”. Assim, fica claro que a jurisdição estatal passou a reconhecer paulatinamente o cabimento de indenizações baseadas em critérios diversos da renda.

A convergência entre a hierarquia de Maslow (1943) e a nova responsabilidade civil

pode ser sentida nas observações de Jourdain (2003, p. 10), o qual diz expressamente que a crescente valorização da pessoa humana conduziu os cidadãos a demandar cada vez mais o reconhecimento de direitos de personalidade e, conseqüentemente, a respectiva reparação em caso de sua violação. Indo ao encontro da tese capital deste ensaio, pode-se dizer que a cobrança progressiva de reconhecimento estatal da reparação dos danos à pessoa espelha as categorias de necessidades de Maslow (1943). Em outras palavras, a admissão mais recente de indenizações extrapatrimoniais relacionadas ao uso da liberdade, bem como às frustrações de expectativas de cada indivíduo, pode ser considerada o reconhecimento das necessidades superiores propostas por Maslow (1943). Todavia, não param aí as correlações entre a responsabilidade civil contemporânea, de cariz constitucional, e sua visão holística da personalidade humana.

#### **4 A autorrealização como direito da personalidade e sua reparação**

*A despatrimonialização do direito privado* – ao internalizar os direitos da personalidade e colocá-los como fonte primária dos danos à pessoa muito mais que as possíveis consequências patrimoniais da violação – talvez constitua, pela forma sistemática como resultou construída, o movimento de maior expressão do reconhecimento amplo das necessidades humanas como bens jurídicos a serem tutelados nesse novo alinhamento da responsabilidade civil. Nascida na tradição jurídica italiana, ela exerceu e ainda exerce influência em quase todos os países de tradição ibérica, em particular no Brasil, e conduz à superação da dogmática que limitava o reconhecimento dos danos ao ser humano a seus aspectos materiais e à adoção de um paradigma

completamente distinto: o da aceitação ampla de direitos extrapatrimoniais ou imateriais.<sup>13</sup>

Martins-Costa (2001, p. 188-189) lembra que coube à Itália a honra de haver trabalhado de forma sistêmica os direitos e os respectivos danos à personalidade. Note-se a sutileza do novel raciocínio e a revolução que ele realiza: o que passa a importar é a defesa dos atributos imateriais porque são eles que definem a personalidade. Os reflexos patrimoniais (até porque geralmente as pessoas já se encontram relativamente satisfeitas em relação a eles – outra convergência com as ideias de Maslow) deixam de constituir o núcleo desses danos.

Buscou-se inicialmente redimensionar a noção de dano prevista no art. 2.043 do *Codice* (ITALIA, 1942) propondo um *tertium genus* de danos, com elementos tanto patrimoniais como extrapatrimoniais, para fugir à regra do art. 2.059, que limitava os danos morais a casos excepcionais. Contudo, ainda persistia latente na concepção jurídica em voga a necessidade de haver alguma violação patrimonial para que pudesse ser aberto o grande portal que facultaria propriamente o acesso aos danos extrapatrimoniais. Apenas num segundo momento, por meio da constitucionalização do conceito de dano com base no direito à saúde constante no art. 32 da Constituição de 1947 (ITALIA, 2021) e da juris-

prudência alemã do Bundesverfassungsgericht como vetor para a reorientação ontológica do direito privado, é que se conseguiu efetivamente assegurar o ressarcimento a direitos de índole imaterial. Assim, a indenização dos atributos da pessoa foi levada a efeito por meio da aplicação conjugada do art. 32 da Constituição ao art. 2.043 de seu Código Civil (BARCELONA, 2008, p. 20).

Por meio da tutela da saúde de matiz constitucional, completava-se o giro copernicano e encontrava-se uma base normativa válida para o reconhecimento dos novos danos à pessoa com fundamento em sua dignidade independentemente de qualquer outra coisa que não fosse, como diz Galdós (2005, p. 160), o próprio indivíduo em sua dimensão espiritual. O uso do *dano à saúde* na Itália foi a chave que permitiu a abertura para todas as novas formas de dano associadas ao ser humano, como o biológico, o existencial, o *mobbing*<sup>14</sup> e até mesmo o de férias arruinadas (*vacanza rovinata*) (PERA, 2007, p. 297).

Na França, alguns autores sugerem que a proteção ao ser humano seja feita por meio de uma categoria nova: os danos corporais (*dommage corporel*), que reuniriam elementos de lesão material e moral, superando a classificação dual. Assim, atualizando a obra dos irmãos Mazeaud, os danos contra a integridade física do ser humano são definidos metaforicamente por François Chabas como um dano a meio caminho entre o dano moral e o dano material (“un dommage à mi-chemin entre le préjudice moral et le préjudice matériel”) (MAZEAUD; MAZEAUD; MAZEAUD; CHABAS, 1998, p. 413).

O desenvolvimento dos estudos sobre o dano moral mostra a sua evolução. Em sua feição ini-

---

<sup>13</sup> A questão de saber se existiriam vários tipos de dano ou apenas duas formas básicas (materiais e morais) foi até agora evitada, mas é chegada a hora de enfrentá-la. Acata-se aqui a conclusão dada pela Sessão Unida da Corte de Cassação italiana na Sentença n. 26972/2008 (ITALIA, 2008), a qual considerou o excesso doutrinário peninsular em dividir não apenas um *terceiro gênero*, senão outras subespécies dentro dele, como o dano existencial. O que se está destacando é que, para fins ontológicos, o dano imaterial é uma categoria unitária. Diferentes podem ser os aspectos ou os atributos da personalidade atingidos por um mesmo fato ilícito. Saúde, imagem, autoestima ou realização pessoal, como aspectos particulares da existência humana, podem ser consideradas independentemente, sendo possível, para fins de liquidação, mas dano mesmo só haverá um. Por isso, no presente ensaio, as expressões *dano moral*, *dano extrapatrimonial* e *dano imaterial* devem ser consideradas sinônimas.

---

<sup>14</sup> O *mobbing* é uma espécie de assédio moral que se caracteriza, em linhas gerais, pela humilhação do trabalhador no ambiente laboral.

cial, ele era definido sob uma ótica subjetiva, ou seja, caracterizava-se pela dor interna suportada pelo indivíduo em virtude do malbaratamento de seus valores íntimos, os quais, conforme descrito, convergem quase como *mão à luva* para a escala de valores de Maslow (1943), pelo menos quando tomada em perspectiva *macro*. A Sentença n. 2012 proferida pela Corte de Cassação italiana em 1986 – reportada por Franzoni (2010, p. 402) –, por exemplo, menciona expressamente que constitui direito do homem a plenitude da vida e o conhecimento de sua própria personalidade moral, intelectual e cultural independentemente de qualquer atividade econômica.

Recorria-se a aspectos internos do ser humano para justificar o dano moral ou – para os que assim o consideram – o dano à pessoa como um *tertium genus* em relação ao dano material e ao dano moral. Esse paradigma, que tem como origem remota nada menos que Wilkinson v. Downton, pode ser particularmente associado às necessidades referidas na hierarquia de Maslow (1943), até porque sua configuração “dependeria da efetiva modificação do *status* psicológico ou espiritual da pessoa” (DANTAS BISNETO, 2019, p. 71). Hoje, o estado da arte é diverso. Passou-se a conceber os danos extrapatrimoniais pelo prisma objetivo, em decorrência da simples ofensa a certos direitos tutelados pelo ordenamento jurídico, em especial os direitos fundamentais.

Atualmente os danos morais são compreendidos na perspectiva dos princípios e das normas constitucionais destinadas à proteção do ser humano. No Brasil, a afirmação já se acha completamente sedimentada: o dano moral ou extrapatrimonial tem como fundamento normativo a própria Constituição (MORAES, 2009, p. 132-133). Ao invocar um fundamento constitucional, não se deve pretender alterar a natureza das coisas. O fato de o dano moral encontrar na violação dos direitos à personali-

dade seu fundamento normativo não pode ser visto de maneira desconectada daquilo que é considerado atributo da pessoa humana pelas ciências que cuidam de seu estudo tanto fisiológico como psicológico.

Ao se trasladar o dano moral para a dimensão objetiva de uma ofensa aos direitos da personalidade, não se pode perder de vista que o processo histórico de construção do dano moral puro teve, em sua origem, a defesa da integridade e do respeito ao ser humano em seus vários aspectos internos. Em sua essência, o dano moral continua sendo uma agressão aos aspectos psíquicos do ser humano. Objetivar-lhe a definição deve servir prioritariamente para garantir um nível de segurança maior em comparação à metodologia tradicional subjetiva (*pain and suffering*).

A assimilação da hierarquia de necessidades de Maslow (1943) presta-se a aprimorar a percepção de que é a violação de um direito da personalidade que autoriza a reparação de cunho extrapatrimonial. Fomenta-se determinado estamento de valores humanos e coloca-se em perspectiva necessidades que são inerentes a todos os seres humanos e devem ser supridas em plenitude. Em última análise, as categorias das necessidades auxiliam a delimitar com maior precisão o conceito de dano moral.

O fundamento valorativo do dano moral seria, assim, a interferência ilícita de alguém na possibilidade de satisfação de uma dessas necessidades, o que, por atentar diretamente contra o desenvolvimento da plenitude do ser humano, representaria lesão a seus direitos imateriais reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Numa perspectiva axiológica, os direitos da personalidade corresponderiam com integralidade às necessidades de Maslow. Focar em tais necessidades para definir o conteúdo do conceito dos danos à pessoa permite estabelecer uma sutil diferença entre os direitos da personalidade e

as lesões que podem ensejar responsabilização. Noutros termos, a correlação sugerida adverte para o inconveniente de considerar violações de menor relevância como forma de dano à pessoa. Tal distinção pode ser particularmente útil para evitar as críticas da doutrina à prodigalidade dos juízes na concessão de danos morais.

Embora possa configurar violações simultâneas a aspectos da personalidade, o dano moral (dano imaterial ou extrapatrimonial) encontra sua paragem natural no espectro humano. O suporte *normativo-objetivo* dado pela dinâmica constitucional, que vê seu fundamento na lesão de direitos fundamentais (saúde, imagem, estética, autoestima etc.), não pode perder de vista que um concreto *homo mensura* é o centro de toda essa construção. A referência abstrata a um direito da personalidade não pode ser utilizada como fundamento para a reparação de um dano à pessoa se não se nota um mínimo comprometimento da escala de necessidades proposta por Maslow.

Por outro lado, ao se associar a reparação dos danos à pessoa à hierarquia das necessidades de Maslow (1943), é possível reconhecer a autorrealização, pináculo de suas ideias, como bem a ser protegido pelo ordenamento jurídico e, especialmente, pelo regramento jurídico concernente à responsabilidade civil. Tal contextualização torna-se mais fácil por força do próprio cenário normativo atual, que, por exemplo, não apenas admite expressamente o dano existencial no ambiente de trabalho como ainda diz que “a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física”, mercê da inclusão dos arts. 223-B e 223-C na Consolidação das Leis do Trabalho pela Lei nº 13.467/2017 (BRASIL, 2017). A incorporação do dano existencial, malgrado a polémica sobre sua caracterização ontológica, inclusive na Itália

(CASTRONOVO, 2006, p. 80-84), coloca em perspectiva precisamente esse ponto da escala de Maslow (1943): a autorrealização como finalidade última de tudo o que o ser humano faz.

Assim, o dano existencial abrange “todo acontecimento que incide, negativamente, sobre o complexo de afazeres da pessoa, sendo suscetível de repercutir-se, de maneira consistente – temporária ou permanentemente – sobre a sua existência” (SOARES, 2009, p. 44). Não sem razão o conceito de dano existencial ganhou maior reconhecimento no âmbito do Direito Laboral: é no plano da Administração, em especial na gestão de recursos humanos, que a hierarquia das necessidades de Maslow é ampla e cotidianamente aplicada – outra convergência.

A doutrina concebida pelo professor peruano Fernández Sessarego (1996), já há algum tempo francamente admitida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos,<sup>15</sup> divide os danos à pessoa em danos psicossomáticos e danos ao projeto de vida. Na primeira categoria, inclui-se toda e qualquer lesão sofrida pelo *soma*, isto é, o corpo, nele incluída a psique. A junção dos danos estritamente físicos com os danos à psique é justificada porque o ser humano constitui uma *unidade incidível*, de forma que “os danos somáticos repercutem, necessariamente e em alguma medida, na psique, e os danos psíquicos, por sua

<sup>15</sup>Nesse sentido, consultem-se as decisões dos seguintes casos: Loayza Tamayo vs. Perú, de 27/11/1998; Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, de 26/5/2001; Cantoral Benavides vs. Perú, de 3/12/2001; Caracazo vs. Venezuela, de 29/8/2002; Maritza Urrutia vs. Guatemala, de 27/11/2003; Molina Theissen vs. Guatemala, de 3/7/2004; Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, de 8/7/2004; Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala, de 22/11/2004; Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, de 1<sup>o</sup>/3/2005; Gutiérrez Soler vs. Colombia, de 12/9/2005; Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, de 25/11/2006; Masacre de La Rochela vs. Colombia, de 11/5/2007; Cantoral Huamán y García Santa Cruz vs. Perú, de 10/7/2007; Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, de 27/11/2008 (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1998, 2001a, 2001b, 2002, 2003, 2004a, 2004b, 2004c, 2005a, 2005b, 2006, 2007a, 2007b, 2008).

vez, geram repercussão somática” (FERNÁNDEZ SESSAREGO, 1996, p. 18 apud CARRÁ; CARRÁ, 2010, p. 44).

Por outro lado, segundo Carrá e Carrá (2010, p. 45, grifos nossos),

*a liberdade ontológica*, em virtude de seu especial papel para o desenvolvimento dos seres humanos, desafia reparação autônoma, acaso violada. É esse dano à liberdade fenomênica, ou em uma palavra, à *vontade* que se procura reconhecer e sancionar sob a noção de dano a um projeto de vida. A vontade deve ser livre, plenamente livre, para satisfazer um projeto de vida, ou, sendo o caso, mesmo não o querer realizado, mas sempre deverá ser uma decisão livre, o que já é algo bem limitado em razão das atávicas correlações biogenéticas do ser humano, como já ensinava, entre outros filósofos modernos, Luis Recasén Siches.

Convém transcrever-lhe o texto a fim de apreender sua compreensão do dano existencial:

Vida significa la forzosidad de realizar el proyecto de existencia que cada cual es. Este proyecto en que consiste el yo, no es una idea o plan ideado por el hombre y libremente elegido. Es anterior a todas las ideas que su inteligencia forma, a todas las decisiones de su voluntad. Más aún, de ordinario no tenemos de él sino un vago conocimiento, y, sin embargo, es nuestro auténtico ser, nuestro destino. Nuestra voluntad es libre para realizar o no ese proyecto vital que últimamente somos, pero no puede corregirlo, cambiarlo, prescindir de él o sustituirlo (RECASÉNS SICHES, 2008, p. 252-253).

Desse modo, identifica-se o dano psicossomático como uma espécie de dano que deixa marcas, quer no corpo, quer na alma (moral), mas não impede a vítima de prosseguir em sua jornada existencial e de vir a realizar-se como ser humano (CARRÁ; CARRÁ, 2010, p. 45).

O dano ao projeto de vida, ao contrário, pressupõe a privação de ordem volitiva, podendo ser definido, em linhas gerais, como o dano que decorre de lesão à autorrealização, entendida como necessidade superior da personalidade. Claro, a coincidência aqui não é de todo perfeita: as ideias de Fernández Sessarego (1996) vão além da ideia de autorrealização, mas nitidamente a incluem como um dos principais direitos da personalidade passíveis de violação.

## 5 Conclusão

A autorrealização, ápice da hierarquia de Maslow (1943), é hoje um dos atributos da personalidade reconhecidos no ordenamento jurídico,

o que demonstra a validade da convergência aqui proposta entre as ideias desse pensador sobre a satisfação das necessidades humanas e o progressivo reconhecimento dos danos à personalidade no âmbito da responsabilidade civil. As ideias de Maslow podem servir de bússola na apreciação dos danos extrapatrimoniais e, por conseguinte, na concessão de medidas de reparação, dando-lhes um conteúdo concreto.

O recurso às categorias das necessidades de Maslow (1943) pode contribuir para que a judicatura relativa aos danos à pessoa seja exercida com maior acerto, com base no entendimento de que os seres humanos têm necessidades de natureza diversa, que vão além daquelas de sobrevivência e segurança material.

Ao mesmo tempo, esse recurso torna viável a formulação de parâmetros mais objetivos para conter a eventual escalada de indenizações baseadas em uma aplicação meramente normativa (objetiva) dos direitos da personalidade para fins de responsabilização civil.

## Sobre os autores

Cid Marconi Gurgel de Souza é doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil; desembargador do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Recife, PE, Brasil.  
E-mail: cidmgs@gmail.com

Bruno Leonardo Câmara Carrá é doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; pós-doutor pela Universidade de Bolonha, Bolonha, Itália; professor de Direito Civil e Empresarial da graduação e do programa de pós-graduação (mestrado e doutorado) da Universidade 7 de Setembro, Fortaleza, CE, Brasil; juiz federal no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Recife, PE, Brasil.  
E-mail: brunolccarra@gmail.com

## Como citar este artigo

(ABNT)

SOUZA, Cid Marconi Gurgel de; CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. A hierarquia das necessidades de Maslow e os danos extrapatrimoniais: um paralelo entre o Direito e a Psicologia Humanista. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 59, n. 234, p. 11-33, abr./jun. 2022. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/234/ril\\_v59\\_n234\\_p11](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/234/ril_v59_n234_p11)

(APA)

Souza, C. M. G. de, & Carrá, B. L. C. (2022). A hierarquia das necessidades de Maslow e os danos extrapatrimoniais: um paralelo entre o Direito e a Psicologia Humanista. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 59(234), 11-33. Recuperado de [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/234/ril\\_v59\\_n234\\_p11](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/234/ril_v59_n234_p11)

## Referências

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1972.

BARCELLONA, Mario. *Il danno non patrimoniale*. Milano: Giuffrè, 2008. (Publicazioni della Facoltà di Giurisprudenza/Università di Catania, 222).

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 10. ed. atual. por Achilles Beviláqua e Isaías Beviláqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955. v. 5.

BOBBIO, Norberto. *Letà dei diritti*. Torino: Einaudi, 1996. (Einaudi Tascabili, 478).

BOHRER, Ricardo Schlatter. Motivação: abordagem crítica da teoria de Maslow pela propaganda. *Revista de Administração de Empresas*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 4, p. 43-47, out./dez. 1981. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0034-75901981000400004>. Disponível em: <https://www.scielo.br/rj/rae/a/3p837SSrMsZg5rHPNPmnbBB/?lang=pt>. Acesso em: 17 mar. 2022.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1ª de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. [Brasília, DF]: Presidência da República, [2002]. [Revogada]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm). Acesso em: 17 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1ª de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm). Acesso em: 17 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Recurso Extraordinário 11.974/MG*. Pode ser reparado pecuniariamente o dano moral, que haja produzido consequências materiais. Se o dano é somente moral, não há o que ser ressarcido em dinheiro. Recorrente: José Antônio Navarro. Recorrida: Empresa Força e Luz (Siqueira Meireles Junqueira & Cia.). Relator: Min. Rocha Lagoa. Relator do acórdão: Min. Hahnemann Guimarães, 12 de maio de 1953. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur67707/false>. Acesso em: 17 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Recurso Extraordinário 19.272/DF*. Ainda que, *in principio*, não seja a nova lei contrária à indenização por dano moral, em caso de deformidade regula a hipótese o art. 1.938 § 2º do Código Civil. Deverá a indenização ser paga em forma de alimentos, tal como dispõe o art. 911, do Cod. de Processo Civil, com a redação que lhe deu o Decreto 8.570, de 8 de janeiro de 1940. Recorrente: Arlinda Pires. Recorrida: Cia. Cantareira e Viação Fluminense. Relator: Min. Mário Guimarães, 25 de setembro de 1952. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur107827/false>. Acesso em: 17 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Recurso Extraordinário 42.723/MG*. Recurso extraordinário; seu desprovimento. Juros compostos; quando não são admissíveis. Dano moral; não é ressarcível perante o nosso direito. Recorrentes: Sebastião J. Naves e outros. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Nelson Hungria, 13 de agosto de 1959. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur22737/false>. Acesso em: 17 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Recurso Extraordinário 59.111/CE*. Responsabilidade civil. Ressarcimento do dano moral. A reparação do dano decorrente de ato ilícito, que haja causado a morte de menor, não se restringe aos limites do art. 1.537 do Código Civil. Impõe-se a indenização por arbitramento, consoante a regra do art. 1.553 do citado diploma. Recorrente: José Rodrigues. Recorrida: Prefeitura Municipal de Fortaleza. Relator: Min. Djaci Falcão, 15 de maio de 1967. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur127331/false>. Acesso em: 17 mar. 2022.

CARRÁ, Denise Sá Vieira; CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. Danos a um projeto de vida? *Revista Jurídica da FA7*, Fortaleza, v. 7, n. 1, p. 39-52, 2010. DOI: <https://doi.org/10.24067/>

rjfa7;7.1:135. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/135>. Acesso em: 17 mar. 2022.

CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2006.

CAVALCANTI, Thiago Medeiros; GOUVEIA, Valdiney Veloso; MEDEIROS, Emerson Diógenes de; MARIANO, Tailson Evangelista; MOURA, Hysla Magalhães de; MOIZEÍS, Heloísa Bárbara Cunha. Hierarquia das necessidades de Maslow: validação de um instrumento. *Psicologia: ciência e profissão*, [Brasília, DF], v. 39, p. 1-13, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1590/1982-3703003183408>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pcp/a/X4Cm9CPhzCCSxzGfZ9TBVzh/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 17 mar. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Reparaciones y costas. Víctima: Luis Alberto Cantoral Benavides. Estado demandado: Perú. Jueces: Antônio A. Cançado Trindade, Presidente, *et al.*, 3 de diciembre de 2001a. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_88\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_88_esp.pdf). Acesso em: 17 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. *Caso Cantoral Huamani y García Santa Cruz vs. Perú*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Víctimas: Saúl Issac Cantoral Huamani; Consuelo García Santa Cruz y sus familiares. Estado demandado: Perú. Jueces: Sergio García Ramírez, Presidente, *et al.*, 10 de julio de 2007a. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_167\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_167_esp.pdf). Acesso em: 17 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. *Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas. Víctimas: Jorge Carpio Nicolle y otros. Estado demandado: Guatemala. Jueces: Sergio García Ramírez, Presidente, *et al.*, 22 de noviembre de 2004a. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_117\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_117_esp.pdf). Acesso em: 17 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. *Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Víctimas: Mariela Morales Caro y otros. Estado demandado: Colombia. Jueces: Sergio García Ramírez, Presidente, *et al.*, 11 de mayo de 2007b. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_163\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_163_esp.pdf). Acesso em: 17 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Fondo, reparaciones y costas. Víctimas: Ernestina Serrano Cruz; Erlinda Serrano Cruz y sus familiares. Estado demandado: El Salvador. Jueces: Sergio García Ramírez, Presidente, *et al.*, 1<sup>a</sup> de marzo de 2005a. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_120\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_120_esp.pdf). Acesso em: 17 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. *Caso del Caracazo vs. Venezuela*. Reparaciones y costas. Víctimas: 44 habitantes de la ciudad de Caracas. Estado demandado: Venezuela. Jueces: Antônio A. Cançado Trindade, Presidente, *et al.*, 29 de agosto de 2002. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_95\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_95_esp.pdf). Acesso em: 17 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Víctimas: Emilio Moisés Gómez Paquiyauri; Rafael Samuel Gómez Paquiyauri y sus familiares. Estado demandado: Perú. Jueces: Sergio García Ramírez, Presidente, *et al.*, 8 de julio de 2004b. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_110\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_110_esp.pdf). Acesso em: 17 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Reparaciones y costas. Víctimas: Anstraum Villagrán Morales y otros. Estado demandado: Guatemala. Jueces: Antônio A. Cançado Trindade, Presidente, *et al.*, 26 de mayo de 2001b. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_77\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_77_esp.pdf). Acesso em: 17 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Víctimas: Reclusos del Penal Miguel Castro y sus familiares. Estado demandado: Perú. Jueces: Sergio García Ramírez, Presidente, *et al.*, 25 de noviembre de 2006. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_160\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf). Acesso em: 17 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*. Víctimas: Wilson Gutiérrez Soler y sus familiares. Estado demandado: Colombia. Jueces: Sergio García Ramírez, Presidente, *et al.*, 12 de septiembre de 2005b. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_132\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_132_esp.pdf). Acesso em: 17 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Reparaciones y costas. Víctima: María Elena Loayza Tamayo. Estado demandado: Perú. Jueces: Hernán Salgado Pesantes, Presidente, *et al.*, 27 de noviembre de 1998. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_42\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_esp.pdf). Acesso em: 17 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas. Víctima: Maritza Ninette Urrutia García. Estado demandado: Guatemala. Jueces: Antônio A. Cançado Trindade, Presidente, *et al.*, 27 de noviembre de 2003. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_103\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_103_esp.pdf). Acesso em: 17 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. *Caso Molina Theissen vs. Guatemala*. Reparaciones y costas. Víctimas: Marco Antonio Molina Theissen y sus familiares. Estado demandado: Guatemala. Jueces: Sergio García Ramírez, Presidente, *et al.*, 3 de julio de 2004c. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_108\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_108_esp.pdf). Acesso em: 17 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Víctimas: Octavio de Jesús Valle Jaramillo y otros. Estado demandado: Colombia. Jueces: Cecilia Medina Quiroga, Presidenta, *et al.*, 27 de noviembre de 2008. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_192\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_192_esp.pdf). Acesso em: 17 mar. 2022.

DANTAS BISNETO, Cícero. *Formas não monetárias de reparação do dano moral: uma análise do dano extrapatrimonial à luz do princípio da reparação adequada*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

DELGADO, Rodrigo Mendes. *O valor do dano moral: como chegar até ele: teoria e prática: teoria do valor do desestímulo*. Leme: JH Mizuno, 2011.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 7. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 2.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Daño al proyecto de vida. *Derecho PUCP*: Revista de la Facultad de Derecho, Lima, n. 50, p. 47-97, dic. 1996. DOI: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.199601.003>. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/5925>. Acesso em: 18 mar. 2022.

FRANCE. Cour de Cassation (Chambre Civile). *Affaire Lejars contre Consorts Templier*. 13 février 1923.

FRANZONI, Massimo. *Il danno risarcibile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2010. t. 2. (Trattato della Responsabilità Civile. Diretto da Massimo Franzoni).

GALDÓS, Jorge Mario. Nuevos daños a la persona en la sociedad de riesgo. In: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; TRIGO REPRESAS, Félix Alberto; MÉNDEZ COSTA, María Josefa (coord.). *Edición en homenaje: Dr. Jorge Mosset Iturraspe*. Santa Fé: Universidad Nacional del Litoral, 2005. p. 159-171.

GOUEIA, Valdiney Veloso. A natureza motivacional dos valores humanos: evidências acerca de uma nova tipologia. *Estudos de Psicologia*, Natal, v. 8, n. 3, p. 431-443, dez. 2003. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1413-294X2003000300010>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/epsic/a/pj47n7jh95kgydFcNtBTCXF/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 18 mar. 2022.

HESKETH, José Luiz; COSTA, Maria T. P. M. Construção de um instrumento para medida de satisfação no trabalho. *Revista de Administração de Empresas*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 3, p. 59-68, jul./set. 1980. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0034-75901980000300005>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rae/a/wRPK5jffjPjKHwrxSj4M7tf/?lang=pt>. Acesso em: 18 mar. 2022.

HUNT, Chris D. L. Wilkinson v. Downton revisited. *The Cambridge Law Journal*, Cambridge, UK, v. 74, n. 3, p. 392-395, Nov. 2015. DOI: <https://doi.org/10.1017/S0008197315000793>.

ITALIA. Codice Civile: R.D. 16 marzo 1942, n. 262. Approvazione del testo del Codice Civile. *Gazzetta Ufficiale*, [Roma], n. 79, 4 apr. 1942. Disponível em: <http://www.rcsuola.it/disciplina/ccivile.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Corte Suprema di Cassazione (Sezioni Unite Civili). *Sentenza n. 26972/2008*. Relatore: Dott. Roberto Preden, 24 giugno 2008. Disponível em: [https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=11303&content=&content\\_author=](https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=11303&content=&content_author=). Acesso em: 18 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. [Costituzione (1947)]. *Costituzione Italiana*: testo vigente. Roma: Senato della Repubblica, 2021. Disponível em: [https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/Costituzione\\_novembre\\_2021.pdf](https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/Costituzione_novembre_2021.pdf). Acesso em: 18 mar. 2022.

JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. 6e éd. Paris: Dalloz, 2003. (Connaissance du Droit).

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações: responsabilidade civil*. 5. ed. rev. e atual. pelo Prof. José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. v. 5. (Biblioteca Jurídica Freitas Bastos).

MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, [Porto Alegre], v. 19, p. 181-207, mar. 2001. DOI: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.71527>. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/71527>. Acesso em: 18 mar. 2022.

MASLOW, Abraham H. A theory of human motivation. *Psychological Review*, [s. l.], v. 50, n. 4, p. 370-396, 1943. DOI: <https://doi.org/10.1037/h0054346>.

\_\_\_\_\_. *Motivation and personality*. 3rd ed. rev. by Robert Frager, James Fadiman, Cynthia McReynolds and Ruth Cox. New York: Harper and Row, 1987.

\_\_\_\_\_. Self-actualization and beyond. In: CONFERENCE ON THE TRAINING OF COUNSELORS OF ADULTS, 1965, Chatham, MA. *Proceedings* [...]. [S. l.]: U.S. Department of Health, Education & Welfare Office of Education, 1965. p. 108-131. Disponível em: <https://files.eric.ed.gov/fulltext/ED012056.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Toward a humanistic psychology. *ETC: a review of general semantics*, [s. l.], v. 14, n. 1, p. 10-22, 1956. Disponível em: <https://www.generalsemantics.org/wp-content/uploads/2011/05/articles/etc/14-1-maslow.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2022.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François. *Leçons de droit civil: obligations: théorie générale*. 9e éd. par François Chabas. Paris: Montchrestien, 1998. v. 1, t. 2.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. t. 3.

MONTEIRO FILHO, Raphael de Barros. Indenização por dano moral: evolução da jurisprudência. *Informativo Jurídico da Biblioteca Min. Oscar Saraiva*, [Brasília, DF], v. 7, n. 2, p. 90-97, jul./dez. 1995. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/informativo/article/view/299>. Acesso em: 18 mar. 2022.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

OMINI nostri sacratissimi principis Iustiniani iuris enucleati ex omni vetere iure collecti digestorum seu pandectarum: liber nonus. [S. l.]: The Latin Library, [20--?]. Disponível em: <https://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest9.shtml>. Acesso em: 18 mar. 2022.

PERA, Flavio Samuele. Il concetto di danno. In: VIOLA, Luigi (ed.). *La responsabilità civile ed il danno*. Matelica: Halley, 2007. (Tractatus dei Danni, 1).

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 11. ed. rev. e atual. por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PIERRE, Philippe. *L'indemnisation du préjudice moral en droit français synthèse*. [S. l.: s. n., 2014?]. Disponível em: [www.fondation-droitcontinental.org/fr/wp-content/uploads/2014/01/prejudice\\_moral\\_etude-fr.pdf](http://www.fondation-droitcontinental.org/fr/wp-content/uploads/2014/01/prejudice_moral_etude-fr.pdf). Acesso em: 18 mar. 2022.

RECASÉNS SICHES, Luis. *Filosofía del derecho*. 19. ed. México, DF: Porrúa, 2008.

ROWAN, John; GLOUBERMAN, Dina. What is humanistic psychology? In: HOUSE, Richard; KALISCH, David; MAIDMAN, Jennifer (ed.). *Humanistic psychology: current trends and future prospects*. Abingdon, Oxon: Routledge, 2018. E-book. p. 47-65.

SAMPAIO, Jäder dos Reis. O Maslow desconhecido: uma revisão de seus principais trabalhos sobre motivação. *RAUSP: Revista de Administração*, São Paulo, v. 44, n. 1, p. 5-16, jan./mar. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. (Teoria & Direito Público).

SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TAY, Louis; DIENER, Ed. Needs and subjective well-being around the world. *Journal of Personality and Social Psychology*, [s. l.], v. 101, n. 2, p. 354-365, 2011. DOI: <https://doi.org/10.1037/a0023779>.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Cançado Trindade questiona a tese de “Gerações de Direitos Humanos” de Norberto Bobbio. In: SEMINÁRIO DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES: A PROTEÇÃO INTERNACIONAL; CONFERÊNCIA NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, 5., 2000, Brasília, DF. [Anais]. [S. l.]: Dhnet, 2000. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado\\_bob.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm). Acesso em: 18 mar. 2022.

UNITED KINGDOM. High Court of Justice (Queen’s Bench Division). *Wilkinson v. Downton* [1897] 2 QB 57. 8 May 1897.

WAHBA, Mahmoud A.; BRIDWELL, Lawrence G. Maslow reconsidered: a review of research on the need hierarchy theory. *Organizational Behavior and Human Performance*, [s. l.], v. 15, n. 2, p. 212-240, Apr. 1976. DOI: [https://doi.org/10.1016/0030-5073\(76\)90038-6](https://doi.org/10.1016/0030-5073(76)90038-6).



# Nem concisas, nem prolixas

O novo estilo de sentenças na França e na Itália – a convergência dos extremos

EUGÊNIO FACCHINI NETO

FELIPE CAMILO DALL'ALBA

**Resumo:** O artigo analisa o estilo de sentenças no Direito Comparado, com foco nas sentenças francesas e italianas. A razão dessa delimitação deve-se ao fato de ambos os países terem realizado reformas normativas quanto a esse aspecto na última década. As sentenças francesas, tradicionalmente lacônicas e concisas, passaram a ser fundamentadas de forma mais aprofundada, ao passo que os juízes italianos foram incentivados a deixar de lado o estilo de fundamentação prolixo e extenso e a adotar um estilo mais simples e direto. Partindo de extremos opostos, as duas experiências parecem convergir para uma posição mais central e equilibrada. Utilizou-se metodologia de pesquisa básica quanto à finalidade, descritiva quanto aos objetivos, qualitativa quanto à abordagem, dedutiva e dialética quanto ao método, e bibliográfica quanto ao procedimento.

**Palavras-chave:** sentença; requisitos formais; estilo; França; Itália.

## Neither concise nor verbose: the new sentences style in France and Italy – the convergence of extremes

**Abstract:** The article analyzes the judicial writing styles in comparative law, focusing on French and Italian sentences. The reason for this delimitation is due to the fact that both of these countries have carried out normative reforms in the last decade, in this regard. While the French sentences, traditionally laconic and concise, started to be more deeply grounded, the Italian judges were encouraged to put aside a more verbose and extensive style of reasoning, adopting, on the contrary, a more simple and direct style. Starting from opposite ends, both experiences seem to converge to a more central and balanced position. Basic research methodology was used, as to the purpose, descriptive, as to the objectives, qualitative, as to the approach, deductive and dialectic, as to the method, and bibliographic, as to the procedure.

Recebido em 19/8/21

Aprovado em 22/11/21

**Keywords:** judicial writing; formal requirements; style; France; Italy.

## 1 Introdução

O presente trabalho pretende comparar os estilos decisórios no Direito francês e no italiano. O estudo foi motivado por modificações introduzidas no sistema dos dois países na última década, em sentidos aparentemente opostos. O lacônico estilo francês está movimentando-se em direção a maior fundamentação, ao passo que o sistema italiano parece querer abandonar o estilo prolixo e buscar maior concisão.

Em Direito Comparado, chama-se estilo das sentenças a forma assumida pela manifestação jurídica do órgão judicante ao examinar os fatos debatidos, encerrar o litígio e aplicar o Direito. Entre outros aspectos, leva-se em conta: o maior ou menor tecnicismo da linguagem empregada; a concisão ou prolixidade do procedimento argumentativo; o estilo direto ou indireto utilizado; o percurso prevalentemente lógico-formal ou persuasivo-argumentativo; a existência de instruções normativas a respeito do estilo ou se ele é decorrente da própria prática judiciária; a presença de referência a fatores extrajurídicos; a possibilidade da citação de precedentes ou de doutrinadores; a existência de votos divergentes em órgãos colegiados.<sup>1</sup> Normalmente o tema abrange a análise das decisões de qualquer instância, embora os doutrinadores costumem prestar mais atenção às decisões das instâncias superiores, especialmente as de último grau.

Ainda que os requisitos formais de uma sentença possam estar previstos na legislação processual de cada país, seu estilo está profundamente arraigado na sua cultura jurídica e baseia-se predominantemente em regras não escritas, fruto de convenções estratificadas com o passar do tempo, tanto que costuma resistir até mesmo às mudanças das normas que o regem. Ao se examinar a legislação, encontram-se elementos muito assemelhados nos distintos códigos de processo civil. Todavia, na prática, as diferenças de estilo costumam ser importantes, em razão de elementos históricos e da tradição.

Embora na maioria dos países não haja um estilo padrão para a redação de sentenças, alguns dedicam atenção maior ao tema e procuram orientar os magistrados, como a França, cuja École Nationale de la Magistrature treina os magistrados no peculiar estilo francês de julgar. Também é o caso

---

<sup>1</sup> Uma boa introdução metodológica a esse respeito encontra-se em Posenato (2017, p. 7).

mais recente dos EUA, como se percebe da iniciativa do Federal Judicial Center (órgão de assessoramento e apoio à justiça federal daquele país) de editar um manual sobre a redação de sentenças – *Judicial writing manual: a pocket guide for judges*, cuja segunda edição, de 2013, contém 56 páginas. A orientação não é apenas para juízes iniciantes: abrange orientações sobre como redigir divergências e votos concorrentes em segundo grau.<sup>2</sup>

Contudo, este artigo não se destina à análise dos estilos sentenciais em geral. Seu objeto é bem mais limitado: busca comentar certa convergência que, de forma inesperada e não concatenada, parece estar ocorrendo entre o Direito francês e o italiano. As sentenças francesas sempre se caracterizaram pelo laconismo e pelo estilo lapidar, que privilegia frases e parágrafos curtos, sem menção a elementos extrajurídicos. Transparece a ideia de que o juiz atua como um oráculo, que transforma os comandos legislativos em dispositivos sentenciais. Todavia, a reforma recente está impondo um estilo sentencial mais semelhante ao dos demais países europeus, ou seja, com maior desenvolvimento argumentativo. Enfim, a sentença não deve ser apenas a enunciação de um comando, como se o juiz fosse legislador: decidir é persuadir, convencer, argumentar. Por sua vez, as sentenças italianas sempre se caracterizaram pela prolixidade e extensão, assemelhando-se algumas mais a artigos doutrinários que a decisões judiciais. Também aqui o legislador interveio e por meio da re-

---

<sup>2</sup> Interessante a razão posta na introdução a essa obra para justificar a relevância do tema: “As sentenças judiciais exercem três funções. Em primeiro lugar, as sentenças escritas comunicam às partes e aos seus advogados as conclusões de um órgão julgador e as razões para elas. Em segundo lugar, quando publicadas, as decisões expõem o que é o Direito a juízes, acadêmicos, outros advogados e ao público interessado. Por fim, a elaboração de uma sentença escrita impõe disciplina intelectual ao seu autor, obrigando o juiz a esclarecer seu raciocínio e a avaliar a suficiência de amparo jurisprudencial para tal” (FEDERAL JUDICIAL CENTER, 2013, p. 1, tradução nossa). No original: “Judicial opinions serve three functions. First, written opinions communicate a court’s conclusions and the reasons for them to the parties and their lawyers. Second, when published, opinions announce the law to judges, academics, other lawyers, and the interested public. Finally, the preparation of a written opinion imposes intellectual discipline on the author, requiring the judge to clarify his or her reasoning and assess the sufficiency of precedential support for it”. Para se ter uma ideia do alcance deste manual, reproduz-se aqui a parte do índice que contém a descrição dos temas abordados: “I. Introduction 1 II. Determining the Scope of the Opinion 3 Three types of decisions 3 Factors to consider 3 Facts and issues 4 Audience 5 Publication 6 III. Preparing to Write the Opinion 9 Developing outlines 9 Using law clerks 10 Reviewing materials 11 IV. Writing the Opinion 13 Structure 13 Introduction 13 Statement of issues 14 Statement of facts 15 Discussion of legal principles 16 Standard of review 16 Order of discussion of issues 16 Issues to address 17 Alternative holdings 17 Case citations 18 Secondary sources 18 Quotations 18 Avoiding advocacy 19 Treatment of the court below 19 Disposition and instructions 19 V. Editing the Opinion 21 Problems in judicial writing 21 Wordiness 21 Lack of precision and clarity 21 Poor organization 21 Cryptic analysis 22 Pomposity and humor 22 Guidelines for good writing 22 Eliminate unnecessary words 22 Be succinct and direct 23 Use plain English 23 Use of footnotes and citations 24 Footnotes 24 Citations 24 Careful editing 25 Reread and revise 25 Put the draft aside and come back to it with a fresh perspective 26 Ask a new reader to criticize a draft 26 VI. Writing Joint Opinions, Dissents, and Concurrences 27 Joint opinions 27 Commenting on a draft prepared by another judge 28 Dissenting opinions 28 Concurring opinions 30 VII. Reading About Writing 31 Books 32 Articles 32 [Seguem-se seis apêndices contendo exemplos]” (FEDERAL JUDICIAL CENTER, 2013, p. iii-iv).

forma recente buscou tornar as sentenças mais sucintas. Assim, partindo de direções opostas, as recentes experiências francesa e italiana reconheceram excessos nos estilos sentenciais vigorantes em seus países e apontaram para uma convergência mais ao centro: sentenças devem ser sentenças, não meros comandos legislativos nem tampouco lições doutrinárias.

O trabalho se inicia com uma exposição genérica sobre o estilo das sentenças no Direito Comparado, seguida de uma análise do dever de fundamentação nas tradições jurídicas francesa e italiana. Na sequência, trata especificamente do estilo e dos requisitos formais da sentença na França e, em seguida, na Itália. Encerra-se com algumas considerações finais.

Utilizou-se metodologia de pesquisa básica quanto à finalidade, descritiva quanto aos objetivos, qualitativa quanto à abordagem, dedutiva e dialética quanto ao método, e bibliográfica quanto ao procedimento.

## 2 O estilo das sentenças no Direito Comparado

O estilo das sentenças sofre influência de aspectos como (i) a educação jurídica aprendida nas faculdades de Direito, baseada mais na doutrina e em comentários à legislação, como ocorre no continente europeu e na maioria dos países, ou a jurisprudência e os precedentes, aprendidos nos *Inns of Court*, como historicamente ocorreu na Inglaterra; (ii) a forma de recrutamento dos juízes (seleção via concurso, nomeação por autoridades públicas, eleição etc.); (iii) a forma de publicação das decisões (na era da internet, quase todas são publicadas, mas antes alguns países publicavam todas as decisões de nível superior, ao passo que outros, como a Inglaterra, selecionavam apenas um percentual para publicação); (iv) a admissi-

bilidade de votos divergentes ou concorrentes (presente no sistema da *common law* e no Direito brasileiro, mas praticamente ausente no Direito continental europeu, com exceção dos tribunais portugueses, da Corte Constitucional da Alemanha e do Tribunal Constitucional da Espanha). Todos esses fatores explicam as diferenças de estilo classicamente verificáveis entre os diversos países, desde a extrema brevidade das sentenças da Cassação francesa até as longas decisões da Cassação italiana e do *Bundesgerichtshof* alemão, ficando as sentenças inglesas no meio termo (DIURNI; HENRICH, 2006, p. 89-90, 92-93).

Diferenças de estilo também se verificam dentro de um mesmo ordenamento jurídico, entre decisões de primeiro ou segundo grau e aquelas de último grau de jurisdição. Assim, por exemplo, as decisões da Corte de Cassação francesa, órgão de cúpula do Judiciário francês, são caracteristicamente sucintas, ao passo que as decisões inferiores costumam ser um pouco mais aprofundadas (embora bem menos que as congêneres de outros países) quanto à análise dos fatos e das questões jurídicas implicadas. O oposto se verifica nos ordenamentos da Inglaterra e dos EUA, onde as decisões das cortes de vértice são usualmente bem mais elaboradas do que as dos juízes de grau inferior (POSENATO, 2017, p. 20).

Outra diferença que se percebe entre decisões de tribunais de países distintos é o tipo de linguagem empregada, o que também se relaciona a condicionamentos históricos. Assim, na França, a reforma napoleônica da justiça, ocorrida em 1810 e de efeitos duradouros, pretendeu transformar a função judicante em um encargo substancialmente burocrático de subsunção dos fatos à lei. O Judiciário – considerado até hoje “autoridade”, e não Poder (ver Capítulo VIII da Constituição francesa vigente, intitulado “Da Autoridade Judicial”

(FRANCE, [2008])) – seria composto por juízes vistos mais como funcionários públicos de nível elevado do que propriamente como agentes de Poder. Suas decisões, portanto, deveriam ser impessoais, técnicas e desprovidas de qualquer subjetivismo. Na Inglaterra nunca ocorreu um processo de verdadeira burocratização da magistratura, razão pela qual o discurso dos juízes é mais informal e com maior protagonismo, visto que tradicionalmente os juízes ingleses só assumem o cargo quando já estão na meia-idade, nomeados após se terem destacado na carreira forense como advogados.<sup>3</sup> Portanto, estão menos dispostos a ocultarem sua personalidade atrás de uma linguagem oficial abstrata e impessoal (KÖTZ, 1978, p. 780, 784-785).

Ao comparar o estilo das decisões francesas com o das decisões do juiz da *common law*, Ajani e Pasa (2013, p. 401) e mais aprofundadamente Ajani, Anderson, Arroyo Amayuelas e Pasa (2010, p. 321) referem que este último deve encontrar nos detalhes da questão fática o fundamento para aplicar ou desaplicar um precedente e também confrontar votos majoritários e divergentes nos potenciais precedentes aplicáveis para identificar qual deles melhor responde aos critérios de *policy*. Além disso, deve fornecer razões suficientes para legitimar uma decisão inovativa, ciente de que ela poderá impactar casos análogos futuros. Em contrapartida, o juiz francês não se sente obrigado a convencer ninguém da “utilidade” de sua decisão, mas apenas compelido a produzir um raciocínio dedutivo que pareça formalmente correto diante da relação entre a norma legislativa e o fato concreto sobre o qual deve decidir. Não por outra razão, já foi dito icasticamente que “ao juiz americano se pede que julgue, que verdadeiramente julgue; na França, supõe-se

que o Código já tenha julgado” (LASSER, 1995, p. 1.326, tradução nossa).

Além da preocupação dos magistrados britânicos por saberem que suas decisões servirão de guia para os juízes inferiores decidirem casos análogos, eles são muito atentos ao chamado *floodgate argument* – argumento da abertura das comportas – e se perguntam se a decisão que irão tomar poderá acarretar futuramente uma avalanche de demandas semelhantes (DE CRUZ, 2008, p. 257).

As decisões colegiadas britânicas, especialmente as da atual Supreme Court of the United Kingdom, que a partir de 2009 substituiu o antigo Appellate Committee of the House of Lords, caracterizam-se pelo estilo das *seriatim opinion*, ou seja, cada membro do colegiado profere um voto sobre o caso, expondo sua opinião sobre como deve ser resolvido. Não há a figura do relator, presente nos sistemas de *Civil Law*, tampouco a figura do redator, como nos EUA, segundo a qual o presidente do colegiado (ou o mais antigo magistrado integrante da maioria formada) indica quem redigirá o voto em nome da maioria, com eventual adesão de votos concorrentes, cabendo aos membros da minoria redigirem seus votos divergentes. Além disso, as decisões britânicas classicamente não citavam doutrina, mas apenas precedentes, embora nas últimas décadas se perceba um número cada vez maior de citações doutrinárias. Todavia, após a grande reforma judiciária de 2005, que entrou em vigor em 2009, e em razão de algumas críticas feitas ao estilo decisório clássico, tem havido alguma tendência à adoção de maior simplificação e clareza, com a paulatina alteração do sistema *seriatim*. Em algumas poucas decisões, já se percebem julgamentos com manifestação única – *delivering the judgment of the court* –, como ocorreu no caso *Manchester City Council v. Pinnock*, de 2010 (redigido pelo Lord Neuberger, que afirmou:

<sup>3</sup> As razões disso são apontadas por Calabresi (2013, p. 39-40).

“this is the judgment of the Court, to which all members have contributed”), e no caso *Principal Reporter v. K*, também de 2010 (no qual Lady Hale e Lord Wilson pronunciaram o “lead joint judgment” em nome da Corte) (UNITED KINGDOM, 2010a, 2010b).<sup>4</sup>

Por sua vez, as sentenças alemãs já foram identificadas como “abstratas, altamente conceituais e até metafísicas” (*abstract, highly conceptual and even metaphysical*) (MARKESINIS, 1986, p. 349). Alguns traços característicos dizem respeito à extensa citação da doutrina, tanto antiga quanto moderna, chegando por vezes a elencar os diversos posicionamentos doutrinários para “dialogar” com eles. As opiniões doutrinárias dominantes (*herrschende Meinung*) são fortemente persuasivas (DE CRUZ, 2008, p. 265). Na Alemanha, o dever de motivação não está expressamente previsto na Constituição, mas é considerado uma condição para a realização do Estado de Direito. A legislação processual, porém, exige que as decisões sejam fundamentadas (GUINCHARD; CHAINAIS; DELICOSTOPOULOS; DELICOSTOPOULOS; DOUCHY-OUODOT; FERRAND; LAGARDE; MAGNIER; FABRI; SINOPOLI; SOREL, 2019, p. 1.106).

No âmbito do Direito europeu, são dignas de nota as recomendações finais constantes do Parecer (*Opinion*) nº 11 (2008), do Conselho Consultivo dos Juizes Europeus (CCJE), dirigido ao Comitê de Ministros do Conselho da Europa sobre “A qualidade das decisões judiciais”, destacando-se as seguintes:

k) A decisão deve ser inteligível e redigida em linguagem clara e simples, podendo cada juiz, entretanto, escolher seu próprio estilo ou utilizar modelos padronizados. [...]

m) As decisões judiciais devem, em princípio, ser fundamentadas. Sua qualidade depende principalmente da qualidade de sua fundamentação. A fundamentação pode envolver a interpretação de princípios jurídicos, tendo sempre o cuidado de garantir a segurança e consistência jurídicas. No entanto, quando um tribunal decide afastar-se da jurisprudência anterior, deve claramente mencionar isso na sua decisão (COUNCIL OF EUROPE, 2008, tradução nossa).

Em estudo comparado sobre estilos sentenciados, afirma-se a presença de uma tendência de convergência de estilos nos países europeus em prol daquilo que foi chamado “legitimação argumentativa”, caracterizada pelos valores de transparência, acessibilidade e compreensibilidade (POSENATO, 2017, p. 63).

---

<sup>4</sup>Sobre algumas dessas características e tendências das decisões britânicas, ver Posenato (2017, p. 39-43, 72-77).

Passa-se, então, a analisar genericamente o dever de fundamentação das sentenças francesas e italianas, e subseqüentemente os seus respectivos estilos e evolução.

### 3 O dever de fundamentação e as sentenças francesas e italianas

Conforme Taruffo (2015, p. 420), o estilo da motivação é um fenômeno menos disciplinado por normas e mais um reflexo da cultura e formação profissional do juiz. O bom juiz deve motivar de modo claro, sóbrio e não redundante, cumprindo adequadamente o dever de motivação sem perder o próprio tempo.

Ainda segundo aquele mestre italiano, a motivação das sentenças desempenha tanto função endoprocessual, que permite aos advogados das partes recorrerem dos fundamentos elencados pelo julgador e aos juizes do órgão recursal exercerem o devido controle por parte do juízo recursal<sup>5</sup>, quanto extraprocessual, que consiste em assegurar a possibilidade de um controle externo por parte de todos sobre as razões invocadas em sustento da decisão (TARUFFO, 2015, p. 422). Para Pisani (2014, p. 14), a função extraprocessual permite a formação de um elo entre o juiz e o *popolo*, em cujo nome a justiça é exercida.

No espaço jurídico francês, Touffait e Tunc (1974, p. 487) sustentam que a obrigação de motivar é uma garantia contra o arbítrio judiciário e, do ponto de vista psicológico, tal dever responde a uma exigência essencial da justiça: o perdedor de uma demanda judicial tem o elementar direito de conhecer as razões de sua derrota e saber se seus argumentos foram levados em consideração pelo julgador.

<sup>5</sup> Para Denti (1989, p. 93), na Constituição prevaleceu o reconhecimento da função endoprocessual da motivação como instrumento de controle do exercício concreto e específico da jurisdição, dentro de determinada relação processual.

O dever de fundamentar decisões judiciais surge na Europa, mais precisamente em Florença, em 1532, quando se impõe à *Ruota Fiorentina*, o tribunal supremo daquela cidade, o dever de motivar suas decisões. Posteriormente essa obrigação de fundamentar expande-se para outras regiões italianas então autônomas, como Piemonte (1723), Modena (1771), Regno di Napoli (1774). Na Alemanha, o dever de fundamentar é introduzido por Frederico II, em 1748, embora aqui com o intuito de controlar os juizes, e não como direito dos cidadãos (DIURNI; HENRICH, 2006, p. 101). Aliás, em todas as jurisdições dedica-se especial atenção à fundamentação das sentenças judiciais, vista como a única forma de legitimação de uma decisão: “el derecho comprende la existencia de la motivación y la suficiencia de la misma; la motivación arbitraria equivale a inexistencia” (WACHSMANN, 2008, p. 95).

No âmbito da União Europeia, não há uma previsão expressa sobre o dever de fundamentação das decisões judiciais. Porém, o art. 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (COUNCIL OF EUROPE, [2013]) prevê que o julgamento deve ser equitativo, e a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos do Homem desenvolveu uma interpretação que retira de tal cláusula o dever de motivar (WACHSMANN, 2008, p. 95).

Tanto na França quanto na Itália, o acórdão é redigido em forma monolítica, sem mencionar a existência de eventuais discordâncias entre os membros (FACCHINI NETO, 2014, p. 421). A ideia subjacente é que quem decide não são os membros individuais do colegiado, mas sim o colegiado como um todo: ele é que outorga a prestação jurisdicional. As discussões e divergências internas – naturalmente frequentes – são tidas como superadas a partir do momento em que a maioria se forma, e o colegiado se manifesta a uma só voz. Esse aspecto também

está ligado ao princípio do sigilo das decisões, válido para todos os órgãos colegiados franceses e italianos, e considerado um princípio geral do Direito público.<sup>6</sup>

Gorla (1965, p. 1.239) fornece a explicação para essa característica: quando a decisão é colegiada, o julgamento é ato do órgão julgante, considerado impessoalmente “corpo giudicante”. Mesmo que haja uma minoria discordante, a decisão colegiada é a da maioria, nada devendo ser referido no acórdão sobre eventual unanimidade ou não.

Os próximos tópicos vão delinear a estrutura da sentença no sistema civil francês e, subseqüentemente, no italiano.

#### 4 Estilo e requisitos formais da sentença na França

As sentenças na França do *Ancien Régime* não eram motivadas. Apenas em 1790 foi introduzido o dever de fundamentação<sup>7</sup>, reforçado por ocasião da lei napoleônica, que reorganizou a Justiça francesa em 1810 (Loi du 20 avril 1810) e estabeleceu que todas as decisões judiciais deveriam ser fundamentadas e que uma insuficiente fundamentação daria azo à cassação da sentença (TOUFFAIT; TUNC, 1974, p. 487).

<sup>6</sup>“Le délibéré entre les juges est couvert par le secret le plus absolu. Il en est ainsi devant toutes les juridictions: aussi bien devant les juridictions de l'ordre judiciaire que devant les juridictions de l'ordre administrative où le secret du délibéré est considéré comme un principe général du droit public français” (PERROT, 2018, n. 590, p. 451).

<sup>7</sup>O dever de motivação foi introduzido na França tanto em sede civil quanto na penal pela legislação revolucionária (art. 15 da Lei de 16-24 de agosto de 1790 e art. 17 do Decreto de 17 de novembro – 1º de dezembro de 1790, que instituíram o *Tribunal de Cassation*). Originariamente, tal dever era limitado à indicação das normas legais que fundamentavam a decisão. Somente em momento posterior é que tal dever assumiu a atual abrangência (indicação dos motivos de fatos e de direito que sustentam a decisão) e se estendeu a todos os ordenamentos de *Civil Law*. Nesse sentido, ver Marinelli (1996, n. 120, p. 72).

Depois, passou-se a entender que a motivação é indispensável para qualificar a prestação jurisdicional, pois é um baluarte contra o arbítrio judicial ao forçar o juiz a argumentar. O dever de fundamentar é atualmente tido como um valor constitucional na França<sup>8</sup>, nos demais países europeus<sup>9</sup> e no Direito comunitário europeu (GUINCHARD; CHAINAIS; DELICOSTOPOULOS; DELICOSTOPOULOS; DOUCHY-OUDOT; FERRAND; LAGARDE; MAGNIER; FABRI; SINOPOLI; SOREL, 2019, p. 1.100-1.101; VINCENT; GUINCHARD, 1996, p. 755).

Segundo a concepção revolucionária francesa, fundada nos escritos de Rousseau, a lei escrita elaborada pelos representantes do povo era a única fonte do Direito, expressando a “volonté generale”. Assim, acreditando-se no mito da completude, clareza e coerência da legislação e do juiz como “la bouche de la loi”, nada se exigia, senão a pura e simples aplicação da lei genérica ao caso concreto, em perfeito silogismo jurídico. Como o juiz nada acrescia à previsão legislativa, não se identificavam razões para grandes desenvolvimentos argumentativos. Assim, todos os esforços buscavam tornar o texto da sentença denso e conciso, e qualquer elemento não essencial era identificado como supérfluo e malvisto (FACCHINI NETO, 2014, p. 417-418; GORLA, 1981, p. 714-715; DAWSON, 1968, p. 375). Além

<sup>8</sup>Conforme decisão do Conseil Constitutionnel, nº 77-1012, de 3/11/1977, ainda que a Constituição francesa não faça explícita referência a isso.

<sup>9</sup>A Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) tem decidido que a motivação não pode revestir-se de um caráter lapidário (Case of Giordiadis v. Greece (1997)), embora admita a motivação por incorporação das razões da sentença recorrida, desde que ela esteja corretamente motivada, e o órgão recursal indique suficientemente os motivos sobre os quais se funda (Case of Helle v. Finland (1997); Affaire Juez Albizu c. Espagne (2009); Case of Hirvisaari v. Finland (2001)) (COUNCIL OF EUROPE, 1997a, 1997b, 2001; CONSEIL DE L'EUROPE, 2009). Contudo, não exige que o juiz deva responder de forma detalhada a cada argumento levantado pela parte (Case of Van de Hurk v. The Netherlands (1994)) (COUNCIL OF EUROPE, 1994).

disso, “la tradition française est à l’opposé des usages d’autres pays comme les États-Unis où les magistrats emploient le I, première personne du singulier, pour développer un raisonnement” (GORCE, 2019), ao contrário da impessoalidade das decisões francesas. Outra característica das sentenças francesas é que elas raramente fazem referência a qualquer elemento de ordem extrajurídica, como considerações humanitárias, sociais ou impactos econômicos (KAHN-FREUND; LÉVY; RUDDEN, 1994, p. 283).

Do ponto de vista normativo, o legislador ordinário francês, sem maior explicitação, previu, no art. 454 do Código de Processo Civil (CPC) (FRANCE, [2022b]), que as decisões devem ser motivadas. Porém, há uma longa tradição de obras orientadoras sobre a redação das decisões, bem como é dada grande atenção a esse quesito no período formativo dos futuros magistrados, durante sua frequência obrigatória à Escola Nacional da Magistratura por cerca de trinta meses (RANIERI, 1994, p. 184-185). Essa atenção à forma de redação das decisões francesas tornou a motivação das sentenças uma verdadeira arte.<sup>10</sup>

Para o Direito francês, a motivação cumpre uma “função explicativa, demonstrativa, justificativa, da qual depende estreitamente a sua ‘aceitação’ pelas partes no litígio e, além delas, pelos cidadãos”, não podendo ser reduzida a argumentos de autoridade. Para isso, a motivação deve reconstituir o caminho percorrido pelos juízes para chegar à sua decisão, ou seja, garantir a rastreabilidade de seu raciocínio e os elementos em que se baseia. Em particular, uma “motivação de forma desenvolvida” deve ser projetada para atender a um requisito de legibilidade e inteligibilidade. Isso permite que as decisões da Corte de Cassação participem mais eficazmente no diálogo interno e internacional entre magistrados (FRANCE, 2018, p. 6, tradução nossa).

Segundo a jurisprudência da Corte de Cassação francesa, para permitir um controle eficaz, as sentenças deveriam observar os seguintes parâmetros: “os motivos devem existir, ser reais, pertinentes, suficientes, racionalmente corretos e responder aos argumentos invocados” pelos litigantes (ANCEL, 1998, p. 846, tradução nossa).

Como já referido, tradicionalmente as sentenças e acórdãos dos diversos órgãos jurisdicionais franceses são lacônicos<sup>11</sup>, especialmente os

---

<sup>10</sup> Como diz Croze (2004, p. 100), “l’art de juger au civil est un art de rédiger”, complementando que “le jugement est avant tout un acte rationnel d’application du droit au fait dont la forme syllogistique garantit la rigueur”.

<sup>11</sup> Segundo Bell, Boyron e Whittaker (1998, p. 103), as sentenças francesas caracterizam-se por apresentarem uma estrutura altamente formal e lógica, materialmente lacônica e claramente não explicativa (“highly formal and logical structure which is laconic and often distinctly unrevealing”). Precisamente por causa desse laconismo, que torna as decisões da Cassação pouco inteligíveis, ganhou notável importância a função dos *arrêstistes*, ou

da Corte de Cassação<sup>12</sup>, pois, mesmo quando ela alterava sua orientação jurisprudencial, isso era feito no curso de uma decisão normalíssima, sem acréscimo de alguma motivação especial (FACCHINI NETO, 2014, p. 424). Entendia-se que a sentença devia assemelhar-se a um dispositivo normativo, com o estilo seco do legislador (DIURNI; HENRICH, 2006, p. 104), sem citação de precedentes nem de doutrina (DE CRUZ, 2008, p. 259), com observância do disposto no art. 5º do Código Civil (“Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises” (FRANCE, [2022a])), que proíbe os juízes de se pronunciarem de forma genérica e regulamentar<sup>13</sup>, devendo, ao contrário, ater-se estritamente aos fatos do caso julgado, sem a pretensão de influenciarem casos futuros.<sup>14</sup>

Essa tradição explica o julgamento vertido em frases curtas, *judgement à phrase unique*, veiculado por uma série de *attendu que* (considerandos). Tanto os argumentos de Direito quanto as questões de fato são resumidos numa frase sintética de uma ou poucas linhas.<sup>15</sup> Não há um relatório sobre o desenvolvimento do processo, com exposição detalhada dos fatos e das questões jurídicas controvertidas.

Sobre o laconismo das decisões francesas, é reveladora a análise de Dawson (1968, p. 410, tradução nossa), ao referir que “tornou-se quase

---

seja, juristas de grande competência, especializados em explicar o acórdão. Assim, nos *Recueils*, repertórios de jurisprudência, a publicação do acórdão é precedida da descrição do desenvolvimento do processo, das questões debatidas, dos termos da decisão recorrida e da explicação do acórdão em si, indicando se representa uma alteração da jurisprudência ou não etc. – essa é precisamente a tarefa dos *arrétistes*. Nesse sentido, ver Diurni e Henrich (2006, p. 99).

<sup>12</sup> Por todos, Ajani e Pasa (2013, p. 399, tradução nossa): “As sentenças da Corte de Cassação (*arrêt de cassation*, com o qual se cassa a decisão inferior e se reenvia o processo para novo julgamento perante outra Corte de apelo; *arrêt de rejet*, com o qual se mantém a decisão da corte inferior e se rejeita o recurso) são habitualmente mais sintéticas em relação às das cortes inferiores, que devem fundamentar mais amplamente as suas decisões”.

<sup>13</sup> “Durante o *Ancien Régime*, os *Parlements* (expressão que nada tem a ver com Parlamento no sentido moderno – de casa legislativa –, mas sim indicava as Cortes de Justiça de segundo grau) chegaram a deter notável poder, chegando a exercer um poder quase-legislativo por meio dos chamados *arrêts de règlement* – acórdãos regulatórios, que, diante de lacuna legislativa, definiam a solução jurídica a ser aplicada, que passava a ter verdadeira força de lei. Argumentavam os Tribunais – especialmente o de Paris – que nas matérias não disciplinadas pelos costumes ou pelas ordenações régias, cabia naturalmente aos Tribunais regulamentar as omissões, como uma espécie de delegação régia implícita. Tais *arrêts de règlement* tinham força vinculante para as cortes de justiça inferiores, dentro de sua jurisdição” (FACCHINI NETO, 2021, p. 778). Sobre isso, ver West, Desdevises, Fenet, Gaurier, Heussaff e Levy (1998, p. 11). Segundo David e Jauffret-Spinosi (2002, p. 44), os *arrêts de règlement* foram particularmente frequentes nos séculos XVI e XVII. Embora usualmente tratassem de matéria procedimental e de administração da justiça, não eram raras suas incursões também sobre o Direito privado.

<sup>14</sup> Como é sabido, o Code Civil, de 1804, incorporou algumas reações aos abusos que a magistratura francesa havia cometido durante o *Ancien Régime*, tais como os chamados *arrêts de règlement*, que se autodotavam de força normativa, já que decidiam um caso e fixavam orientações genéricas a serem futuramente observadas.

<sup>15</sup> No Direito Comparado, costuma-se referir a esse estilo com a expressão *skeleton form* (forma de esqueleto) (LAWSON; ANTON; BROWN, 1967, p. 9).

uma questão de honra para os juízes franceses aperfeiçoarem essa peculiar forma de estilo literário, que reclama uma extraordinária habilidade e precisão, com meticulosa escolha de linguagem técnica, sem uma única palavra desperdiçada”. E prossegue mais adiante: “em um instrutivo manual de redação de sentença, escrito para guiar os juízes, a mensagem insistentemente passada é – ‘omita, condense, não use frases extras, não repita, não utilize linguagem popular, não introduza pontos de vista pessoais”’.

O CPC francês trata da sentença nos arts. 454, 455 e 456. O art. 454 (com a redação determinada pelo Decreto nº 892, de 6/5/2017) assim dispõe:

A sentença é proferida em nome do povo francês. Contém a indicação: – da jurisdição de onde emana; – o nome dos juízes que deliberaram; – de sua data; – do nome do representante do Ministério Público, se assistiu aos debates; – o nome do *greffier*; – o sobrenome, nome ou denominação das partes, bem como o seu domicílio ou sede social; – se for o caso, os nomes dos advogados ou de qualquer pessoa que representou ou auxiliou as partes; – em se tratando de jurisdição graciosa [voluntária], o nome das pessoas a quem deve ser notificada (FRANCE, [2022b], tradução nossa).<sup>16</sup>

O art. 455 do mesmo Código, com a redação dada pelo Decreto nº 1.231, de 28/12/1998, prevê que

[a] sentença deve expor sucintamente as reivindicações respectivas das partes e seus fundamentos (*moyens*). Esta exposição pode assumir a forma de um visto das conclusões das partes com a indicação da sua data. O julgamento deve ser motivado. Ela enuncia o julgamento sob a forma de um dispositivo (FRANCE, [2022b], tradução nossa)<sup>17</sup>.

Como se pode observar, a sentença deve fazer referência às pretensões das partes e aos seus *moyens*. Esclarece-se que o Direito francês faz uma distinção entre *le moyen* e *l'argument*. O *moyen* consiste em um raciocínio jurídico (exemplificativamente: se a demanda pretende o reconhecimento da invalidade de um contrato, o *moyen* invocado em apoio da pretensão poderia ser um alegado vício de consentimento). Já o *argument* é puro fato: o alegado vício do consentimento seria o resultado de táticas

---

<sup>16</sup> Art. 454. No original: “Le jugement est rendu au nom du peuple français. Il contient l’indication : – de la juridiction dont il émane ; – du nom des juges qui en ont délibéré ; – de sa date ; – du nom du représentant du ministère public s’il a assisté aux débats ; – du nom du greffier ; – des nom, prénom ou dénomination des parties ainsi que de leur domicile ou siège social ; – le cas échéant, du nom des avocats ou de toute personne ayant représenté ou assisté les parties ; – en matière gracieuse, du nom des personnes auxquelles il doit être notifié”.

<sup>17</sup> Art. 455. No original: “Le jugement doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. Cet exposé peut revêtir la forme d’un visa des conclusions des parties avec l’indication de leur date. Le jugement doit être motivé. Il énonce la décision sous forme de dispositif”.

fraudulentas da outra parte, que induziu seu cocontratado em erro na conclusão do negócio jurídico (ANCEL, 1998, p. 846). Ao fundamentar sua decisão, o juiz deve referir não os argumentos da parte, mas sim os *motifs* alegados (DOUCHY-OUDOT, 2010, p. 198).

O dispositivo é a enunciação sintética da decisão do juiz, parte final da decisão, precedida pela menção *par ces motifs* (fórmula tradicional, que expressa o elo essencial entre a decisão e a sucinta motivação que a explica, mas que também pode ser expressa de maneira diferente, por exemplo, pela expressão *en conséquence* ou qualquer outra que traduza esse *link* lógico) (ANCEL, 1998, p. 846).

Completando o arcabouço legal dos requisitos formais da sentença, o art. 456, com a redação dada pelo Decreto nº 402, de 3/5/2019, estipula que

[o] julgamento pode ser feito em suporte de papel ou eletronicamente. É assinado pelo presidente e pelo escrivão (*greffier*). Em caso de impossibilidade do presidente, menção será feita na ata, que então será assinada por um dos juízes que participou da decisão. Quando a sentença for lavrada em formato eletrônico, os procedimentos utilizados devem garantir sua integridade e conservação (FRANCE, [2022b], tradução nossa).<sup>18</sup>

Esse peculiar estilo sentencial sempre foi objeto de críticas (TOUFFAIT; TUNC, 1974, p. 487), mas também de elogios (MIMIN, 1970) dentro da própria França, embora reputado insatisfatório por juristas de outras tradições.

Diante do evidente déficit de compreensibilidade de tais decisões, desde 2014 iniciou-se um movimento buscando a reforma desse setor, com a criação da Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de Cassation. Um ano mais tarde, dentro dessa Comissão, reuniu-se pela primeira vez o grupo de trabalho especificamente voltado à motivação das sentenças. No discurso de abertura dos trabalhos, o Presidente da Corte de Cassação explicitou a necessidade de mudança, afirmando que “[o] cidadão, mais do que ontem, tem dificuldade em aceitar a imposição de soluções jurídicas que não compreende. Portanto, é importante que a justiça explique suas decisões” (LOUVEL, 2015, tradução nossa).<sup>19</sup> Referiu que houve mudanças importantes na sociedade desde que se instituiu a peculiar técnica decisória da Cassação (“répondre au moyen, tout le moyen, rien que le moyen”), reconhecendo que ela é atualmente

---

<sup>18</sup> Art. 456. No original: “Le jugement peut être établi sur support papier ou électronique. Il est signé par le président et par le greffier. En cas d’empêchement du président, mention en est faite sur la minute, qui est signée par l’un des juges qui en ont délibéré. Lorsque le jugement est établi sur support électronique, les procédés utilisés doivent en garantir l’intégrité et la conservation”.

<sup>19</sup> No original: “Le citoyen, plus qu’hier, accepte mal de se voir imposer des solutions juridiques qu’il ne comprend pas. Il importe donc que la justice explique ses décisions”.

considerada demasiadamente redutiva frente à necessidade de melhor explicar a decisão. Entre outras razões para a mudança do estilo, aduziu que a necessidade de uma efetiva tutela dos direitos fundamentais não pode ser feita em termos puramente silogísticos, pois muitas vezes há que se escolher entre alternativas hermenêuticas, ter uma visão pluridisciplinar e estar atento aos impactos das decisões, o que necessariamente implica a necessidade de fundamentações mais aprofundadas. Além disso, em razão do princípio da subsidiariedade, o eventual prejudicado não pode recorrer diretamente às jurisdições europeias (TJUE e CEDH) sem antes esgotar a jurisdição nacional. No caso do Direito comunitário potencialmente em conflito com o Direito nacional, muitas vezes é necessária uma tomada de posição que aborde conceitos indeterminados, como a noção de proporcionalidade, o que não pode ser feito mediante o estilo lacônico e lapidar da Corte (LOUVEL, 2015).

Em abril de 2017, a Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de Cassation apresentou seu relatório final, em 42 laudas, analisando vários aspectos do funcionamento da Corte de Cassação e formulando propostas concretas relativamente a cada uma delas. No tópico que nos interessa, a Comissão apresentou as várias sugestões (“TITRE II. Rendre plus compréhensibles et mieux diffuser les arrêts de la Cour de Cassation. Motivation”), das quais destacamos as seguintes: subdividir o texto da decisão nos diversos itens examinados (“I. Faits et procédure; II. Moyens du pourvoi; III. Motifs de l’arrêt; IV. Dispositif”) e numerar os parágrafos; suprimir os *attendus*; adotar a utilização de motivação mais enriquecida e aprofundada para os casos de alteração da jurisprudência, para os casos envolvendo questões de princípio (“question juridique de principe”) que digam respeito à violação de direitos fundamentais ou impliquem controle de proporcionalidade, ou quando o acórdão apresente interesse para a unificação da jurisprudência e desenvolvimento do Direito; mencionar precedentes, em caso de alteração da jurisprudência ou naqueles em que não houver observância pela Cour d’Appel de uma jurisprudência constante da Cour de Cassation (FRANCE, 2017). Em razão das sugestões dessa Comissão, foi criada uma comissão operacional para concretizar as propostas daquela. Em dezembro de 2018, a Commission de mise en œuvre de la réforme de la Cour de Cassation apresentou seu relatório sobre a estrutura das decisões, intitulado *Note relative à la structure des arrêts et avis et à leur motivation en forme développée* (FRANCE, 2018)<sup>20</sup>, com inúmeras sugestões sobre a forma de redação das decisões judiciais.

---

<sup>20</sup> Trata-se de um amplo relatório, com 30 páginas, assim estruturado: “Table des matieres 1 Rappel: les propositions de la Commission de Reflexion sur la Reforme de la Cour 2 Finalites et contenu en substance d’une motivation en forme developpee 2.1 Observations generales 2.2 Le lectorat de reference des arrêts et avis 2.3 Missions, fonctions et contenu

A partir de primeiro de outubro de 2019, a Corte de Cassação francesa passou a adotar as sugestões, prevendo que todos os acórdãos daquela corte deveriam ser estruturados em três partes: 1. “Fatos e procedimento, introduzida pela fórmula: ‘Conforme acórdão recorrido...’”; 2. “Apreciação dos fundamentos do recurso (crítica à decisão impugnada), introduzida pela fórmula: ‘O Sr. X... [Empresa Y...] recorre da sentença de (seguido do verbo no infinitivo)... ao passo que...’”; 3. “Dispositivo do acórdão (teor da decisão), introduzida pela fórmula: ‘Por estas razões, a Corte...’” (MICHELIN-MAZÉLAN, 2019, tradução nossa).<sup>21</sup>

Assim, o julgamento *a phrase unique*, exposta por meio de “considerandos” (*attendus*), seria abandonada em favor da redação em estilo direto, compreendendo sujeito, verbo e complemento, acompanhada de numeração de parágrafos introduzidos por cabeçalhos indicativos de temas e subtemas tratados.

O novo modelo de decisão mais enriquecida deverá envolver: (1) a indicação dos métodos hermenêuticos usados pela Corte; (2) indicação das alternativas decisórias que foram descartadas, desde que tenham sido seriamente discutidas; (3) citar os precedentes, a fim de conferir maior compreensibilidade da evolução jurisprudencial; (4) menção aos estudos de impacto realizados, desde que tenham tido papel significativo na escolha da solução adotada.

Ao assim agir, a Corte de Cassação seguiu idêntica orientação do Conseil d’État (SAUVÉ, 2014), que desde 2010 vinha preocupando-se

---

de la motivation des decisions 2.3.1 Finalités de la motivation 2.3.2 L’explicitation dans l’arrêt de la méthode d’interprétation des textes suivie par la Cour 2.3.3 La mention dans l’arrêt des solutions alternatives non-retenues 2.3.4 La mention dans l’arrêt de précédents jurisprudentiels 2.3.5 La mention dans l’arrêt des études d’incidence 2.3.6 Les précisions, dans les motifs de l’arrêt, relatives à ce qui reste à juger (en cas de cassation partielle avec renvoi devant la juridiction du fond) 3 Le domaine d’application de la motivation en forme developpee 4 L’incidence de la motivation en forme developpee sur la technique du delibere 5 L’exclusion de principe des motivations-type 6 La structure-type et le mode de redaction des arrêts 6.1 Le style des arrêts 6.2 La structuration-type de l’arrêt en quatre parties 6.3 La structuration des développements en paragraphes numerotes 7 Quelques exemples d’arrêts et avis comportant une motivation en forme developpee 7.1 Lorsque l’arrêt effectue un revirement de jurisprudence 7.2 Lorsque l’arrêt tranche une question de principe ou lorsque la solution qu’il retient presente un interet pour le developpement du droit 7.3 Lorsque la solution que retient l’arrêt presente un interet pour l’unité de la jurisprudence 7.4 Lorsque l’arrêt repond a un moyen tire de la violation d’un droit ou d’un principe fondamental 7.5 Lorsque l’arrêt prononce un renvoi a titre prejudiciel a la CJUE ou dit n’y avoir lieu a ce faire 7.5.1 L’arrêt prononce un renvoi à titre préjudiciel 7.5.2 L’arrêt refuse de prononcer un renvoi à titre préjudiciel 7.6 Lorsqu’il est formule une demande d’avis consultatif a la Cour européenne des droits de l’homme en application du Protocole Additionnel n° 16 7.7 Lorsque la Cour statue sur une demande d’avis prevue a l’article l.441-1 du Code de l’organisation Judiciaire” (FRANCE, 2018, p. 2).

<sup>21</sup> No original: 1. “Faits et procédure, introduit par la formule : «Selon l’arrêt attaqué...»”; 2. “Examen des moyens du pourvoi (critique de la décision attaquée), introduit par la formule: «Monsieur X... [La société Y...] fait grief à l’arrêt de (suivi du verbe à l’infinitif)... alors que...»”; 3. “Dispositif de l’arrêt (ce qu’il décide), introduit par la formule: «Par ces motifs, la Cour...»”.

com o tema, tendo a Comissão encarregada de analisar a questão sugerido a eliminação do estilo da *phrase unique*, a substituição do estilo indireto pelo direto, a eliminação dos *considérants* (expressão utilizada no lugar dos *attendus*, vocábulo empregado na Cour de Cassation), e a introdução de referências jurisprudenciais. Essa mudança também foi impulsionada pela pressão derivada do julgamento da Corte Europeia de Direitos Humanos, que em mais de uma ocasião repreendeu as decisões das cortes superiores francesas em razão da insuficiente motivação de suas decisões<sup>22</sup>, que prejudicava sua inteligibilidade pelas partes e pelos cidadãos interessados em geral.<sup>23</sup>

A exigência de uma motivação mais desenvolvida não se aplica, porém, a todas as decisões, restringindo-se àquelas mais importantes, ou seja, as que (a) implicam uma alteração jurisprudencial; (b) resolvem uma questão de princípio ou apresentam um interesse especial para o desenvolvimento do Direito; (c) procedem à interpretação de um novo texto normativo; (d) apresentam interesse para a unidade e integridade da jurisprudência; (e) impliquem a garantia de um direito fundamental; (f) resolvem uma demanda envolvendo *renvoi préjudiciel* (remessa de incidente prejudicial) à Corte de Justiça da União Europeia, ou uma solicitação de *avis consultatif* (parecer consultivo) à Corte Europeia de Direitos Humanos.

Os objetivos declarados da reforma consistem em aumentar a acessibilidade e a inteligibilidade das decisões (MICHELIN-MAZÉLAN, 2019).

## 5 Estilo e requisitos formais da sentença na Itália

O julgamento italiano é tradicionalmente caracterizado por uma motivação redigida em estilo discursivo e doutrinal detalhado, que abusa de *obiter dicta* e até de desnecessárias demonstrações de pretensa sabedoria jurídica (CHIARLONI, 2014). A sentença de estilo *more itálico* finca raízes na influência dos chamados “grandes tribunais italianos”, localizados nas mais importantes cidades italianas entre os séculos XVI e XVIII. Esses tribunais tinham um estilo pesado (*sentenza-trattato*), recheados de invocações doutrinárias (bartolismo), com argumentos redundantes. No passado já ocorrera uma reação a esse estilo, como foi o caso da Constituição outorgada pelo Rei da Sardenha, em 1729, que proibia a invocação de autoridades doutrinárias, o que posteriormente

---

<sup>22</sup> Mais recentemente, *Affaire Quilichini c. France* (2019) (CONSEIL DE L'EUROPE, 2019).

<sup>23</sup> Sobre essa alteração, ver Maupin (2019).

foi incorporado ao art. 118 das Disposizioni di attuazione del Codice di Procedura Civile, que na Itália costuma abreviar-se por disp. att. c.p.c. (ITALIA, [2022b]).<sup>24</sup>

Normalmente o juiz italiano, em todas as instâncias, refere brevemente os fatos da causa e se delonga nos argumentos jurídicos. Abusa dos *obiter dicta*, faz inúmeras referências à doutrina (ainda que os nomes dos doutrinadores não sejam mencionados, em razão de vedação legal) e aos precedentes judiciais. Contudo, essas referências representam mais um ornamento do que um *pivot* de argumentação lógica (ALPA, 1998). Diurni e Henrich (2006, p. 102) afirmam que as decisões italianas (e também as alemãs, segundo eles) têm a extensão de um tratado, cuja leitura por vezes se torna difícil em razão das muitas divagações teóricas. De Vita (1998, p. 812) chega a falar de “superabundância” das motivações jurídicas, por invocarem vários argumentos justificativos para a mesma questão decidida.

Esse tradicional estilo decisório acabou influenciando a maneira de fundamentar as sentenças na Itália, país onde até há pouco inexistia uma Escola de Magistratura com o objetivo de formar e treinar juízes, além de inexistir, ao contrário da França, uma tradição de obras pedagógicas para ensinar o estilo decisório (RANIERI, 1994, p. 185). Os juízes, portanto, absorviam esse estilo empiricamente, copiando de seus colegas a forma de sentenciar.

Todavia, há tempos a doutrina criticava esse estilo pesado, sugerindo que os magistrados italianos passassem a se preocupar menos com a forma e mais com a presteza da jurisdição (VELA, 1992, p. 46).

Normas sobre a sentença estão presentes na Constituição italiana (de 1947), art. 111 (ITALIA, [2021]), no Código de Processo Civil (arts. 132, 276, 360, n<sup>o</sup> 5) e nas disp. att. c.p.c. (arts. 118-119), sendo as mais relevantes os arts. 132 (CPC) e 118 (disp. att. c.p.c) (ITALIA, [2022b]).

A Constituição prevê, no art. 111, § 7<sup>o</sup>, que “tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati” (ITALIA, [2021]). De sua parte, o legislador ordinário italiano foi mais específico, já que deixou expresso que as razões de fato e de Direito constituem a motivação. Porém, a redação originária do CPC de certa forma legitimou sentenças longas e redundantes, com extensa referência a questões fáticas e debates verdadeiramente doutrinários, ainda que com a vedação legal de citação de nomes de doutrinadores, segundo longa tradição presente na Itália e também na França. No caso italiano, tal vedação foi uma reação aos excessos de prolixidade e profusão de citações presentes nas decisões dos “grandes

---

<sup>24</sup> Sobre os grandes tribunais ou *Rote* e seu peculiar estilo sentencial, é imprescindível a remessa ao autor que mais estudou esses tribunais e suas decisões: Gorla (1968, 1969, 1970).

tribunais” das principais cidades da península itálica (FACCHINI NETO, 2014, p. 420).

Como resposta às críticas ao estilo das sentenças italianas, o legislador introduziu reformas em 2009, apontando a necessidade de maior concisão na redação, porque boa parte das questões jurídicas se exaure em alguns pontos essenciais, individualizados e resolvidos, o que torna dispensável o acréscimo de outros argumentos com mera função de reforço argumentativo (VELA, 1992, p. 48).

Em sua redação originária, o art. 132, nº 4, do CPC previa que a sentença deveria fazer uma descrição analítica do desenvolvimento do processo, o que havia historicamente legitimado longas e enfadonhas sentenças. Visando a maior racionalidade, a reforma levada a cabo pela Lei nº 69, de 18/6/2009, alterou a redação do item de nº 4 do art. 132, que, além de referir que a sentença é “pronunciada em nome do povo italiano”<sup>25</sup>, deveria conter:

1) l'indicazione del giudice che l'ha pronunciata; 2) l'indicazione delle parti e dei loro difensori; 3) le conclusioni del pubblico ministero e quelle delle parti; 4) *la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione*; 5) il dispositivo, la data della deliberazione e la sottoscrizione del giudice (ITALIA, [2022b], grifo nosso).

A segunda parte desse artigo prevê que a decisão colegiada deve ser assinada pelo presidente do órgão julgante e pelo redator da decisão, destacando-se que, nos órgãos colegiados, a escolha do redator da decisão é feita pelo presidente entre os membros do órgão julgador que tenham integrado a maioria vencedora, normalmente o relator, como referido no art. 118 das disp. att. c.p.c. (ITALIA, [2022b]).

Também esse último artigo citado teve alterada sua redação originária, insistindo na possível concisão das decisões:

A motivação da sentença a que se refere o artigo 132, segundo parágrafo, nº 4, do código, consiste na exposição sucinta dos fatos relevantes da causa e da fundamentação jurídica da decisão, também com referência a precedentes conformes. *As questões discutidas e decididas pelo colégio devem ser apresentadas de forma concisa e ordenada*, e devem ser indicados as leis e princípios jurídicos aplicados. No caso previsto no artigo 114 do código, devem ser indicadas as razões de equidade em que se baseia a decisão. Em qualquer caso, *deve ser omitida qualquer menção a doutri-*

---

<sup>25</sup>Essa necessidade de referir que a sentença é proferida em nome do povo não foi introduzida pela reforma, mas sim mantida, já que tem fundamento na própria Constituição, que em seu art. 101 reza que “La giustizia è amministrata *in nome del popolo*. I giudici sono soggetti soltanto alla legge” (ITALIA, [2021], grifo nosso). Além da França e da Itália, também na Alemanha as sentenças, ao menos as da Corte Constitucional, são proferidas em nome do povo (*im namem des Volkes*) (MARTINS, 2018, p. 83).

*nadores*. A escolha do redator do acórdão, prevista no último parágrafo do artigo 276 do código é feita pelo presidente, dentre os membros do colégio que tenham votado de acordo com a maioria (ITALIA, [2022b], grifos nossos, tradução nossa).<sup>26</sup>

Essa mesma orientação prevalece na redação do art. 281, *sexies*, do CPC italiano, para os casos de sentenças proferidas em audiência, logo após os debates orais:

*Art. 281-sexies. (Decisione a seguito di trattazione orale)*

Se non dispone a norma dell'articolo 281-quinquies, il giudice, fatte precisare le conclusioni, può ordinare la discussione orale della causa nella stessa udienza o, su istanza di parte, in un'udienza successiva e pronunciare sentenza al termine della discussione, dando lettura del dispositivo e della *concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione*.

In tal caso, la sentenza si intende pubblicata con la sottoscrizione da parte del giudice del verbale che la contiene ed è immediatamente depositata in cancelleria (ITALIA, [2022b], grifo nosso).

Seguindo essa tendência, a própria Corte de Cassação emitiu um provimento determinando que “para os recursos que não exijam o exercício da função nomofilática [ou seja, de uniformização da jurisprudência], recomenda-se a adoção de motivações concisas – como prescrito pelo art. 132, nº 4, do CPC, para todas as sentenças, e consequentemente também para as da Cassação” (ITALIA, 2011, p. 2, tradução nossa) – levando-se em conta as peculiaridades fáticas da sentença recorrida e os precedentes jurisprudenciais incidentes.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> Art. 118 disp. att. c.p.c. No original: “La motivazione della sentenza di cui all'articolo 132, secondo comma, numero 4), del codice consiste nella succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi. Debbono essere esposte concisamente e in ordine le questioni discusse e decise dal collegio ed indicati le norme di legge e i principi di diritto applicati. Nel caso previsto nell'articolo 114 del codice debbono essere esposte le ragioni di equità sulle quali è fondata la decisione. In ogni caso deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici. La scelta dell'estensore della sentenza prevista nell'articolo 276 ultimo comma del codice è fatta dal presidente tra i componenti il collegio che hanno espresso voto conforme alla decisione”.

<sup>27</sup> Após a exposição dos motivos do decreto, o Primeiro Presidente da Corte de Cassação, antes das determinações finais, convida (*invita*) seus pares a adotarem uma fundamentação mais simplificada, nos seguintes termos: “I N V I T A Tutti i collegi delle sezioni civili, quando sono chiamati a decidere su ricorsi che non richiedono l'esercizio della funzione di nomofilachia o che sollevano questioni giuridiche la cui soluzione comporta l'applicazione di principi giuridici già affermati dalla Corte e condivisi dal collegio, a redigere una sentenza (o un'ordinanza a contenuto decisorio) 'a motivazione semplificata', di tipo estremamente sintetica con riferimento ai vizi di motivazione, o con richiamo dei precedenti conformi in caso di prospettazione di questioni giuridiche già risolte dalla giurisprudenza della Corte, fermo restando che anche la motivazione semplificata deve comunque fornire una spiegazione chiara della ratio decidendi, riferita specificamente alla fattispecie decisa (non potendosi esaurire quindi nell'adozione di formule di stile applicabili ad ogni fattispecie), pure se espressa con la maggiore sintesi possibile e senza le argomentazioni richieste dalla motivazione di una decisione costituente esercizio della funzione di nomofilachia” (ITALIA, 2011, p. 2).

Mais recentemente, em 14/9/2016, o Presidente da Corte de Cassação, Giovanni Canzio, emitiu um Decreto (Decreto “Canzio”) sobre *La motivazione dei provvedimenti civili: in particolare, la motivazione sintetica* (ITALIA, 2016), voltando a exortar seus pares a fundamentarem suas decisões em forma mais sintética. É interessante expor os motivos que justificaram a edição de tal provimento e sua potencial aplicação. Logo no *considerando* inicial, afirma-se que em 2016 se registrou um aumento do número de processos aguardando julgamento naquele órgão judicante, chegando a 107.000 processos. Somados ao ingresso anual que varia entre 20 e 30 mil processos, afirmou-se que a única forma de diminuir o estoque seria a adoção de práticas de julgamento mais céleres, para o que concorreria a adoção de um estilo mais breve das decisões. Para isso, o Decreto referiu que todos os acórdãos deveriam observar os cânones da *chiarezza, essenzialità e funzionalizzazione* da motivação à decisão, nos seguintes termos:

1. Clareza e essencialidade;
2. Estreita funcionalização do *iter* argumentativo à decisão;
3. Ausência de motivações subordinadas, de *obiter dicta* e de qualquer outro enunciado que vá além do que é indispensável à decisão;
4. Precisão na invocação de precedentes jurisprudenciais (ITALIA, 2016, p. [2], tradução nossa).

Sugeriu-se também que o órgão judicante distinguisse os acórdãos que envolvessem questões principiológicas ou mais importantes, como a necessidade de uniformizar a jurisprudência (*nomofilachia*), quando então deveria observar as prescrições acima. Nos demais casos envolvendo temas já pacificados, a decisão deveria ser o mais sintética possível, de acordo com o nível de complexidade das questões, mas observando

as seguintes prescrições: (1) exposição dos fatos da causa o mais concisa possível, o suficiente para tornar compreensível a decisão, podendo inclusive ser omitida quando os fatos emergirem da própria fundamentação da decisão; (2) omissão das razões recursais, quando seu acolhimento resultar do próprio teor do julgamento (ITALIA, 2016, p. [2]).

Também é digna de nota a adoção do *Protocollo d'intesa tra la Corte di Cassazione e il Consiglio Nazionale Forense in merito alle regole redazionali dei motivi di ricorso in materia civile e tributaria* (CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE, 2015), firmado em 17/12/2015, lembrando que a Corte de Cassação é o órgão de cúpula do Judiciário italiano, ao passo que o Consiglio Nazionale Forense equivale à nossa Ordem dos Advogados do Brasil. O objetivo desse protocolo de intenções era reduzir também o número de páginas dos recursos em matéria civil e tributária, limitando-as a cinco para a exposição dos fatos do processo e trinta páginas para a exposição das razões recursais. Percebe-se, assim, a busca de maior concisão por todos os operadores jurídicos italianos.<sup>28</sup>

Salienta-se também que a preocupação com a extensão das decisões judiciais deixou de ser uma questão interna do Judiciário para tornar-se uma preocupação oficial do Estado italiano, pois em 9/2/2016 o Ministro da Justiça criou um grupo de trabalho para propor alterações envolvendo o tema. Em 1º/12/2016 o grupo recomendou, em seu relatório final no CPC italiano, um *principio*

---

<sup>28</sup> Claro que nem sempre é possível ser sintético diante de eventual complexidade dos fatos ou das questões jurídicas envolvidas. Taruffo (2015, p. 425), por exemplo, refere que o juiz deve sempre indicar quais fatos da causa considera relevantes e tem como verdadeiros diante das provas produzidas. A referência, mesmo que sucinta, às provas deve constituir o núcleo da motivação sobre os fatos, e isso permanece inalterado, com a ressalva de que a motivação pode e deve ser ampla e analítica (portanto, pouco sucinta) se isso for necessário em razão da complexidade dos fatos e do material probatório.

*di chiarezza e sinteticità negli atti* com validade geral e propôs a alteração dos arts. 342 e 434 do CPC e do art. 140 das disp. att. c.p.c.

Refira-se que o Código de Processo Administrativo italiano (D.L. nº 104, de 2010, modificado pelo D.L. nº 168, de 2016) também contém uma norma de caráter geral que explicitamente faz referência à *sinteticità degli atti*, além de outras disposições que enunciam expressamente a obrigação das partes e do juiz de redigir seus atos em forma clara e sintética.<sup>29</sup>

A doutrina italiana tem afirmado que a alteração legislativa legitimou inclusive o uso da chamada motivação *per relationem* (RASIA, 2016, p. 205), pela qual – se entender que as razões expostas pelo prolator da decisão recorrida são suficientes para a justificação da decisão e não necessita de outros acréscimos – o órgão recursal pode apoiar-se nessa argumentação para rejeitar o recurso. Além disso, passou-se a admitir a citação de precedentes, o que até então era vedado. Parte da doutrina critica tal decisão por considerar que a inovação parece autorizar o juiz a fazer referência somente a precedentes conformes, mesmo quando eles sejam constituídos por máximas genéricas ou quando existirem precedentes em sentido contrário (TARUFFO, 2015, p. 429).

Estão presentes na sentença italiana substancialmente os mesmos elementos formais que se encontram em outros ordenamentos, como o nosso: epígrafe, o título, nome das partes, nome dos defensores (peculiaridade do sistema italiano) e a conclusão das partes. Em seguida, tem-se o desenvolvimento do processo, que é um resumo do *iter* da causa, como menção à prova testemunhal, intervenção de terceiros etc. Depois

vem a exposição de fato, discussão jurídica e, por fim, o dispositivo (BARBUTO, 2001).

Por outro lado, no âmbito do processo eletrônico (na Itália, chamado de *processo civile telemático*), a Lei nº 132, de 2015, alterou o art. 16-*bis* da Lei nº 221, de 2013, acrescentando um dispositivo segundo o qual tanto as manifestações das partes quanto do juiz deverão ser redigidas em forma sintética (“Gli atti di parte e i provvedimenti del giudice depositati con modalità telematiche sono redatti in maniera sintetica” (ITALIA, 2015)).

Assim, percebe-se que a Itália se está movendo em direção contrária à da França, mas ambas as experiências estão convergindo para uma posição mais equilibrada, sem excessos de concisão ou de prolixidade.

## 6 Considerações finais

Partindo de extremos opostos, os estilos das decisões judiciais francesas e italianas tendem a convergir. No caso francês, após uma longa tradição de sentenças lacônicas e lapidares, em forma de um perfeito silogismo (LASSER, 2003, p. 5-6), especialmente as da Corte de Cassação, a inovação legislativa recente orienta uma mudança na direção de sentenças mais bem fundamentadas, com maior exposição da situação fática e discussão mais aprofundada das questões jurídicas, na busca de maior acessibilidade e inteligibilidade das decisões judiciais. No caso italiano, parte-se de uma longa tradição de sentenças prolixas, redundantes, com extensas discussões acadêmicas, e a intervenção do legislador buscou orientar os magistrados para redigir decisões mais concisas.

Houve, assim, certa convergência, pois as lacônicas sentenças francesas passaram a ser mais desenvolvidas, ao passo que as prolixas sentenças italianas tornaram-se mais sucintas. Ambos os sistemas estão aproximando-se tanto

<sup>29</sup>Decreto legislativo 2/7/2010, nº 104: “Art. 3. Dovere di motivazione e sinteticità degli atti. 1. Ogni provvedimento decisorio del giudice è motivato. 2. Il giudice e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica, secondo quanto disposto dalle norme di attuazione” (ITALIA, [2022a]).

na estrutura da sentença como na motivação, o que não poderia ser diferente, pois as decisões dos dois países não ficam presas aos seus territórios, uma vez que integram a União Europeia.

No Brasil pode-se falar em fundamentação simplificada quando o juiz resolve o litígio mediante a aplicação de um precedente que envolva caso semelhante, tendo o dever de identificar a *ratio* do precedente e adequá-lo aos fatos. Todavia, também se pode falar em fundamentação enriquecida, diante do dever do julgador de identificar exatamente as questões de fato que se reputaram essenciais ao deslinde da causa e delinear, também de forma explícita, a tese jurídica adotada para chegar à conclusão exposta na parte dispositiva. Para afastar a aplicação do precedente, seja por distinção seja por superação, devem-se apresentar argumentos, mesmo quando não suscitados (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 484).

Por outro lado, ao exigir uma fundamentação mais exaustiva por parte do juiz, o novo CPC parece estar na contramão da tendência predominante no panorama europeu, que aponta para sentenças mais sucintas, ainda que distantes do antigo modelo francês (POSENATO, 2017, p. 28).

## Sobre os autores

Eugênio Facchini Neto é doutor em Direito pela Università Degli Studi di Firenze, Florença, Itália; mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; professor titular do curso de graduação e do programa de pós-graduação (mestrado e doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; professor da Escola Superior da Magistratura, Porto Alegre, RS, Brasil; desembargador no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil.  
E-mail: eugenio.facchini@puers.br

Felipe Camilo Dall'Alba é mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; doutorando em Direito Processual na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; procurador federal da Advocacia-Geral da União, Porto Alegre, RS, Brasil.  
E-mail: felipe.dallalba@edu.puers.br

## Como citar este artigo

(ABNT)

FACCHINI NETO, Eugênio; DALL'ALBA, Felipe Camilo. Nem concisas, nem prolixas: o novo estilo de sentenças na França e na Itália – a convergência dos extremos. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 59, n. 234, p. 35-60, abr./jun. 2022. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/234/ril\\_v59\\_n234\\_p35](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/234/ril_v59_n234_p35)

(APA)

Facchini, E., Neto, & Dall'Alba, F. C. (2022). Nem concisas, nem prolixas: o novo estilo de sentenças na França e na Itália – a convergência dos extremos. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 59(234), 35-60. Recuperado de [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/234/ril\\_v59\\_n234\\_p35](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/234/ril_v59_n234_p35)

## Referências

AJANI, Gianmaria; ANDERSON, Miriam; ARROYO AMAYUELAS, Esther; PASA, Barbara. *Sistemas jurídicos comparados: lecciones y materiales*. Traducción de Beatriz Gregoraci Fernández. Barcelona: Publicacions i Edicions, Universitat de Barcelona, 2010. (Universitat, 47).

AJANI, Gianmaria; PASA, Barbara. *Diritto comparato: casi e materiali*. Torino: Giappichelli, 2013.

ALPA, Guido. La rédaction de la décision de justice en Italie. *Revue Internationale de Droit Comparé*, [s. l.], v. 50, n. 3, p. 853-861, juil./sept. 1998. Disponível em: [https://www.persee.fr/doc/ridc\\_0035-3337\\_1998\\_num\\_50\\_3\\_985](https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1998_num_50_3_985). Acesso em: 3 fev. 2022.

ANCEL, Jean-Pierre. La rédaction de la décision de justice en France. *Revue Internationale de Droit Comparé*, [s. l.], v. 50, n. 3, p. 841-852, juil./sept. 1998. Disponível em: [https://www.persee.fr/doc/ridc\\_0035-3337\\_1998\\_num\\_50\\_3\\_984](https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1998_num_50_3_984). Acesso em: 3 fev. 2022.

BARBUTO, Mario. La motivazione in fatto della sentenza civile. *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, [s. l.], n. 115, p. 175-214, genn. 2001. Disponível em: <https://www.csm.it/documents/21768/81517/Quaderno+n.+115/1354b796-942f-4ffe-ac5b-36f0b5672e87>. Acesso em: 3 fev. 2022.

BELL, John; BOYRON, Sophie; WHITTAKER, Simon. *Principles of French law*. With contributing authors Andrew Bell, Mark Freedland, and Sylvia Hargreaves. Oxford, UK: Oxford University Press, 1998.

CALABRESI, Guido. *Il mestiere di giudice: pensieri di un accademico americano*. A cura di Benedetta Barbisan. Bologna: Il Mulino, 2013. (Alberico Gentili Lectures).

CHIARLONI, Sergio. La giustizia civile e i suoi paradossi. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, p. 603-689, jul./dez. 2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14556>. Acesso em: 3 fev. 2022.

CONSEIL DE L'EUROPE. Cour Européenne des Droits de l'Homme (3e Section). *Affaire Juez Albizu c. Espagne*: (Requête n° 25242/06). Requéant: M. Juan Juez Albizu. Gouvernement: Espagne. Juges: M. Josep Casadevall, Président, *et al.*, 10 novembre 2009. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-95675>. Acesso em: 3 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Cour Européenne des Droits de l'Homme (5e Section). *Affaire Quilichini c. France*: (Requête n° 38299/15). Requéant: Mme. Séverine Quilichini. Gouvernement: France. Juges: Mme. Angelika Nußberger, Présidente, *et al.*, 14 mars 2019. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-191549>. Acesso em: 3 fev. 2022.

CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE. *Protocollo d'intesa tra la Corte di Cassazione e il Consiglio Nazionale Forense in merito alle regole redazionali dei motivi di ricorso in materia civile e tributaria*. Roma: Consiglio Nazionale Forense, 2015. Disponível em: <https://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/219809/2-+17.12.15+Protocollo+Corte+di+Cassazione+-+Cnf+per+redazione+ricorsi+cassazione+in+materia+civile+e+tributaria.pdf/048a70dd-74b5-4f45-950c-4af0e050fecc>. Acesso em: 3 fev. 2022.

COUNCIL OF EUROPE. Consultative Council of European Judges. *Opinion No.11 (2008)*. To the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the quality of judicial decisions. Strasbourg: Council of Europe, 2008. Disponível em: [https://rm.coe.int/ref/CCJE\(2008\)OP11](https://rm.coe.int/ref/CCJE(2008)OP11). Acesso em: 3 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. European Court of Human Rights (Chamber). *Case of Georgiadis v. Greece*: (Application no. 21522/93). Applicant: Mr. Anastasios Georgiadis. Respondent State: Greece. Judges: Mr. R. Ryssdal, President, *et al.*, 29 May 1997a. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58037>. Acesso em: 3 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. European Court of Human Rights (Chamber). *Case of Helle v. Finland*: (157/1996/776/977). Applicant: Mr. Pekka Helle. Respondent State: Finland. Judges: Mr. R. Ryssdal, President, *et al.*, 19 December 1997b. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58126>. Acesso em: 3 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. European Court of Human Rights (4th Section). *Case of Hirvisaari v. Finland*: (Application no. 49684/99). Applicant: Mr. Eero Olavi Hirvisaari. Respondent State: Finland. Judges: Mr. G. Ress, President, *et al.*, 27 September 2001. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59682>. Acesso em: 3 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. European Court of Human Rights (Chamber). *Case of Van de Hurk v. The Netherlands*: (Application no. 16034/90). Applicant: Mr. Cornelis Petrus Maria Van de Hurk. Respondent State: The Netherlands. Judges: Mr. R. Ryssdal, President, *et al.*, 19 April 1994. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57878>. Acesso em: 3 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. European Court of Human Rights. *European Convention on Human Rights*: as amended by Protocols Nos. 11, 14 and 15: supplemented by Protocols Nos. 1, 4, 6, 7, 12, 13 and 16. Strasbourg: Council of Europe, [2013]. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf). Acesso em: 3 fev. 2022.

CROZE, Hervé. *Le procès civil*. 2e éd. Paris: Dalloz, 2004. (Connaissance du Droit).

DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Les grands systèmes de droit contemporains*. 11e éd. Paris: Dalloz, 2002. (Précis Dalloz. Droit Privé).

DAWSON, John P. *The oracles of the law*. Ann Arbor: University of Michigan Law School, 1968. (Thomas M. Cooley Lectures).

DE CRUZ, Peter. *Comparative law in a changing world*. 3rd ed. New York: Routledge-Cavendish, 2008.

DENTI, Vittorio. *La giustizia civile: lezioni introduttive*. Bologna: Il Mulino, 1989. (La Nuova Scienza, Serie di Diritto).

DE VITA, Anna. Aperçu comparatif. *Revue Internationale de Droit Comparé*, [s. l.], v. 50, n. 3, p. 809-815, juil./sept. 1998. Disponível em: [https://www.persee.fr/doc/ridc\\_0035-3337\\_1998\\_num\\_50\\_3\\_979](https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1998_num_50_3_979). Acesso em: 3 fev. 2022.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016. v. 2.

DIURNI, Amalia; HENRICH, Dieter. *Percorsi europei di diritto privato e comparato*. Milano: Giuffrè, 2006.

DOUCHY-OUDOT, Méline. *Procédure civile*. 4e éd. Paris: Gualino-Lextenso éd., 2010. (Fac Universités. Master Pro).

FACCHINI NETO, Eugênio. A sentença em perspectiva comparada: estilos norte-americano, francês e italiano em confronto. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 39, n. 235, p. 407-436, set. 2014.

\_\_\_\_\_. O bicentenário da morte de Napoleão Bonaparte e seu principal legado jurídico: o Código Civil francês e a proteção dos direitos da burguesia. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*: RJLB, Lisboa, ano 7, n. 5, p. 757-816, 2021. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/5/2021\\_05\\_0757\\_0816.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/5/2021_05_0757_0816.pdf). Acesso em: 3 fev. 2022.

FEDERAL JUDICIAL CENTER. *Judicial writing manual: a pocket guide for judges*. 2nd ed. [Washington, DC]: Federal Judicial Center, 2013. Disponível em: <https://www.aila.org/File/Related/18082203k.pdf>. Acesso em: 3 fev. 2022.

FRANCE. *Code Civil*. [Paris]: Légifrance, [2022a]. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070721/>. Acesso em: 3 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. *Code de Procédure Civile*. [Paris]: Légifrance, [2022b]. Disponível em: [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006070716/](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070716/). Acesso em: 3 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Cour de Cassation. Commission de Mise en Œuvre de la Réforme de la Cour de Cassation. *Note relative à la structure des arrêts et avis et à leur motivation en forme développée*. [Paris]: Cour de Cassation, 2018. Disponível em: <http://paternet.fr/wp-content/uploads/pdf/2018/12/20181218-note-cour-de-cassation.pdf>. Acesso em: 3 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Cour de Cassation. Commission de Réflexion sur la Réforme de la Cour de Cassation. *Rapport de la Commission de Réflexion sur la Réforme de la Cour de Cassation: synthèse introductive et propositions*. [Paris]: Cour de Cassation, 2017. Disponível em: <https://www.courdecassation.fr/files/files/Réforme/Archives/Synthèse%20introductive%20de%20la%20Commission%20de%20réflexion.pdf>. Acesso em: 3 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. [Constitution (1958)]. *Texte intégral de la Constitution du 4 octobre 1958 en vigueur*. [Paris]: Conseil Constitutionnel, [2008]. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur>. Acesso em: 3 fev. 2022.

GORCE, Bernard. Les juges suprêmes simplifient la rédaction de leurs décisions. *La Croix*, [s. l.], 9 avril 2019. Disponível em: <https://www.la-croix.com/France/Justice/juges-supremes-simplifient-redaction-decisions-2019-04-09-1201014384>. Acesso em: 3 fev. 2022.

GORLA, Gino. Civilian judicial decisions: an historical account of Italian style. *Tulane Law Review*, New Orleans, v. 44, p. 740-749, 1970.

\_\_\_\_\_. I “Grandi Tribunali” italiani fra i secoli XVI e XIX: un capitolo incompiuto della storia politico-giuridica d’Italia. *Quaderni del Foro Italiano*, Roma, v. 91, n. 10, p. 629-652, 1969.

\_\_\_\_\_. I motivi delle sentenze. In: \_\_\_\_\_. *Diritto comparato e diritto comune europeo*. Milano: Giuffrè, 1981. (Studi di Diritto Comparato, 21).

\_\_\_\_\_. La struttura della decisione giudiziale in diritto italiano e nella *common law*: riflessi di tale struttura sull’interpretazione della sentenza, sui “reports” e sul “dissenting”. *Giurisprudenza Italiana*, [s. l.], v. 1, sez. 1, p. 1.239, 1965.

\_\_\_\_\_. Lo stile delle sentenze. Testi commentati. *Quaderni del Foro Italiano*, Roma, v. 91, n. 3, p. 363-544, 1968.

GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile; DELICOSTOPOULOS, Constantin S.; DELICOSTOPOULOS, Ioannis S.; DOUCHY-OU DOT, Méline; FERRAND, Frédérique; LAGARDE, Xavier; MAGNIER, Véronique; FABRI, Hélène Ruiz; SINOPOLI, Laurence; SOREL, Jean-Marc. *Droit processuel: droits fondamentaux du procès*. 10e éd. Paris: Dalloz, 2019. (Précis).

ITALIA. *Codice del Processo Amministrativo*: Decreto legislativo, 02/07/2010 n. 104, G.U. 07/07/2010. [S. l.]: Altalex, [2022a]. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/09/10/codice-del-processo-amministrativo>. Acesso em: 3 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. *Codice di Procedura Civile*: Regio Decreto 28 ottobre 1940, n. 1443 in G.U. 28 ottobre 1940. [S. l.]: Altalex, [2022b]. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-di-procedura-civile>. Acesso em: 3 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Corte Suprema di Cassazione. *La motivazione dei provvedimenti civili*: in particolare, la motivazione sintetica. Roma: Corte Suprema di Cassazione, 2016. Disponível em: [https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Provvedimento\\_motivazione\\_provvedimenti\\_civili\\_136.pdf](https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Provvedimento_motivazione_provvedimenti_civili_136.pdf). Acesso em: 3 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Corte Suprema di Cassazione. *Provvedimento sulla motivazione semplificata di sentenze e di ordinanze decisorie civili*. Roma: Corte Suprema di Cassazione, 2011. Disponível em: [http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/20110322\\_Provvedimento\\_motivazione\\_semplificata.pdf](http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/20110322_Provvedimento_motivazione_semplificata.pdf). Acesso em: 3 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. [Costituzione (1947)]. *La Costituzione*. [Roma]: Senato della Repubblica, [2021]. Disponível em: <https://www.senato.it/istituzione/la-costituzione>. Acesso em: 3 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. *Legge 6 agosto 2015, n. 132*. Conversione in legge, con modificazioni, del Decreto-legge 27 giugno 2015, n. 83, recante misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria. [S. l.]: Altalex, 2015. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/news/2015/08/24/legge-6-agosto-2015-numero-132>. Acesso em: 3 fev. 2022.

KAHN-FREUND, Otto; LÉVY, Claudine; RUDDEN, Bernard. *A source-book on French law*. 3rd rev. ed. by Bernard Rudden. Oxford, UK: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1994.

KÖTZ, Hein. Sullo stile delle sentenze delle Corti Supreme. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v. 24, n. 1, 1978.

LASSER, Mitchel. Anticipating three models of judicial control, debate and legitimacy: the European Court of Justice, the Cour de Cassation and the United States Supreme Court. *Jean Monnet Working Paper*, New York, n. 1/03, p. 1-56, 2003. Disponível em: <https://jeanmonnetprogram.org/archive/papers/03/030101.pdf>. Acesso em: 3 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Judicial (self-)portraits: judicial discourse in the French legal system. *Yale Law Journal*, [s. l.], v. 104, n. 6, p. 1.325-1.410, Apr. 1995. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yj/vol104/iss6/2>. Acesso em: 3 fev. 2022.

LAWSON, Frederick Henry; ANTON, Alexander Elder; BROWN, Lionel Neville. *Amos and Walton's introduction do French law*. 3rd ed. Oxford, UK: Clarendon Press, 1967.

LOUVEL, Bertrand. *Discours prononcé en ouverture des travaux de la Commission de Réflexion Dédiés à la Motivation*. Paris: Cour de Cassation, 2015. Disponível em: [https://www.courdecassation.fr/IMG/20150914\\_ouverture\\_travaux\\_motiv.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/20150914_ouverture_travaux_motiv.pdf). Acesso em: 20 fev. 2021.

MARINELLI, Vincenzo. *Ermeneutica giudiziaria: modelli e fondamenti*. Milano: Giuffrè, 1996.

MARKESINIS, Basil S. Conceptualism, pragmatism and courage: a common lawyer looks at some judgments of the German Federal Court. *American Journal of Comparative Law*, [s. l.], v. 34, p. 349-367, 1986.

MARTINS, Leonardo. *Direito processual constitucional alemão*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Indaiatuba: Foco, 2018.

MAUPIN, Emmanuelle. La Cour de Cassation change de style. *Dalloz*, [s. l.], 8 avril 2019. Disponível em: <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/cour-de-cassation-change-de-style#.XbDi35JKhhf>. Acesso em: 3 fev. 2022.

MICHELIN-MAZÉLAN, Sophie. Cour de Cassation: le mode de rédaction des arrêts change. *Informations Rapides de la COPropriété*, [s. l.], n. 651, 9 sept. 2019. Disponível em: <https://www.informationsrapidesdelacopropriete.fr/veille-juridique/4993-651-cour-de-cassation-le-mode-de-redaction-des-arrets-change>. Acesso em: 3 fev. 2022.

MIMIN, Pierre. *Le style des jugements: vocabulaire, construction, dialectique, formes juridiques*. 4e éd. Paris: Librairies Techniques, 1970.

PERROT, Roger. *Institutions judiciaires*. 17e éd. par Bernard Beignier et Lionel Miniato. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2018. (Précis Domat Droit Privé).

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 6. ed. aggiornata a cura dell'autore e di Remo Caponi. Napole: Jovene, 2014.

POSENATO, Naiara. *Lo stile delle sentenze: profili di attualità di diritto comparato*. Padova: CLEUP, 2017.

RANIERI, Filippo. Styles judiciaires dans l'histoire européenne: modèles divergents ou traditions communes? *Cahiers de l'IHEJ*, Paris, n. 2/94, oct. 1994.

RASIA, Carlo. Dalla motivazione per relationem alla motivazione c.d. collage. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 70, n. 1, p. 205-222, mar. 2016.

SAUVÉ, Jean-Marc. Le Conseil d'État, une cour suprême administrative. *Conseil d'État*, [s. l.], 9 déc. 2014. Discours. Disponível em: <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-conseil-d-etat-une-cour-supreme-administrative>. Acesso em: 3 fev. 2022.

TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015. (Processo e Direito).

TOUFFAIT, Adolphe; TUNC, André. Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de Cassation. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, [s. l.], v. 72, n. 3, p. 487-508, 1974.

UNITED KINGDOM. Supreme Court. *Manchester City Council (Respondent) v. Pinnock (Appellant)*. Appellant: Richard Drabble QC; James Stark. Respondent: Andrew Arden QC; Jonathan Manning. Lord Neuberger, 3 November 2010a. Disponível em: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2009-0180-judgment.pdf>. Acesso em: 3 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Supreme Court. *Principal Reporter (Respondent) v. K (Appellant) and others (Scotland)*. Appellant: Jany M. Scott QC; Alison Stirling. First respondent: Morag Wise QC; Lynda Brabender. Second respondent: Rosemary Guinnane; David Sheldon. Lord Hope and Lady Hale, 15 December 2010b. Disponível em: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2010-0128-judgment.pdf>. Acesso em: 3 fev. 2022.

VELA, Andrea. La motivazione della sentenza di cassazione. *Giustizia Civile: Rivista Mensile di Giurisprudenza*, Milano, anno 42, t. 2, p. 45-50, 1992.

VINCENT, Jean; GUINCHARD, Serge. *Procédure civile*. 24e éd. Paris: Dalloz, 1996. (Précis. Droit Privé).

WACHSMANN, Patrick. *Les droits de l'homme*. 5e éd. Paris: Dalloz, 2008. (Connaissance du Droit).

WEST, Andrew; DESDEVEISES, Yvon; FENET, Alain; GAURIER, Dominique; HEUSSAFFE, Marie-Clet; LEVY, Bruno. *The French legal system*. 2nd ed. London: Butterworths, 1998.

# A greve dos servidores públicos civis em face das reformas de austeridade

Um direito constitucional em disputa

SHANA SCHLOTTFELDT  
RENATA QUEIROZ DUTRA

**Resumo:** Este artigo trata do direito de greve dos servidores públicos civis com base em julgados paradigmáticos do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Articulada com as reformas de austeridade, a discussão teórica organizou-se em torno dos seguintes pontos: delineamento do direito de greve na Constituição da República Federativa do Brasil; exigência de lei para seu exercício e omissão legislativa no caso dos servidores públicos; natureza jurídica da greve no serviço público e seus impactos sobre a remuneração alusiva ao período de greve; negociação coletiva no âmbito do serviço público; competência para julgar demandas relativas ao direito de greve dos servidores; definição de serviços e atividades essenciais no serviço público. As disputas relacionadas ao direito de greve no serviço público demonstram o encontro das políticas neoliberais de reforma do Estado, o esvaziamento dos estatutos de direitos do trabalho e as restrições ao direito de greve.

**Palavras-chave:** direito de greve; servidor público civil; reformas de austeridade; Supremo Tribunal Federal; jurisprudência de austeridade.

## Public employees and right to strike in face of austerity reforms: a constitutional right in dispute

**Abstract:** This paper discusses the public employees' right to strike, based on Brazilian Supreme Court's paradigmatic judgments on the subject. The structuring of the theoretical discussion, articulated in the face of austerity reforms, was organized around the following points: outline of the right to strike in the Federal Constitution; demand of an act for its exercise and the legislative omission of doing so in the case of public employees; the legal nature of the strike in the public service and its impacts

Recebido em 23/8/21  
Aprovado em 9/11/21

on payment during the strike period; collective bargaining; competence to judge; definition of essential services and activities. The discussion based on the contours and disputes related to the public employees' right to strike demonstrates the meeting of neoliberal policies regarding the reform of the State, the emptying of labor right statutes, and restrictions on the right to strike.

**Keywords:** right to strike; public employees; austerity reforms; Brazilian Supreme Court; austerity jurisprudence.

## 1 Introdução

As relações de trabalho no âmbito do serviço público têm sido profundamente afetadas pela racionalidade neoliberal, nos termos desenvolvidos por Dardot e Laval (2016, p. 7), que compreendem o neoliberalismo não apenas como ideologia ou política econômica mas como “sistema normativo que ampliou sua influência no mundo inteiro, estendendo a sua lógica a todas as relações sociais e a todas as esferas da vida”.

A compreensão de que essa racionalidade se desenrola de maneira muito mais complexa do que a mera promoção da “retirada” do Estado em relação a temas e atividades permite apreender que o neoliberalismo tem pautado uma profunda transformação do Estado, que passa a incorporar lógicas e mecanismos de concorrência e de busca da eficiência semelhantes àqueles empregados por empresas privadas e por vezes dissociados dos significados próprios dos serviços públicos, que se pautam por valores da democracia, da cidadania e da solidariedade (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 272).

Nesse sentido, Dardot e Laval (2016) destacam como efeito da razão neoliberal não só a definição das agendas e não agendas do Estado mas sobretudo o modo de executá-las. Consta-se tanto um direcionamento para a privatização de setores importantes da esfera pública quanto o reconhecimento de uma suposta (e questionável) superioridade do setor privado e do mercado autorregulado na prestação de serviços e produção de resultados, além de uma modificação interna instituidora de um estado “avaliador e regulador que mobiliza novos instrumentos de poder e, com eles, estrutura novas relações entre Governos e sujeitos sociais” (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 273).

Esse enredo impõe ao serviço público uma política gerencialista que ostenta graves pontos de contradição com a democracia política e

que, ao agregar estratégias que se voltam exclusivamente a resultados – fetichizados por meio de números e estatísticas de desempenho muitas vezes desprovidos de sentido qualitativo – promove a racionalização burocrática, que trata os cidadãos como consumidores, despolitiza a relação entre o Estado e os cidadãos, e afasta a viabilidade de outras concepções de justiça e de interesse público. Ademais, são trazidas para o âmbito do serviço público a desconfiança e a vigilância avaliativa, que se diluem entre a própria Administração Pública e os cidadãos usuários dos serviços. Enfim, desqualifica-se o serviço público, fragiliza-se a autonomia do servidor público, corrói-se o funcionamento das instituições democráticas, a confiança nas virtudes e papéis cívicos, modificando o próprio conceito de sujeito político (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 272-320).

No caso brasileiro, essa transformação tem-se desenvolvido tanto de modo gradual, por meio de ajustes paulatinos e da assimilação dos valores das empresas privadas na cultura institucional de cada órgão, quanto por meio de mudanças de grande impacto, a exemplo da reforma administrativa que, promovida na década de 1990 e materializada na Emenda Constitucional (EC) nº 19, de 1998, adquire novo fôlego com a reforma proposta pelo ministro Paulo Guedes (sem partido), que, defendida como prioritária no governo Jair Bolsonaro (Partido Liberal), radicaliza as concepções neoliberais já presentes na primeira reforma e coloca em xeque inclusive a estabilidade dos servidores públicos.

Está, pois, em curso há mais de três décadas um processo de transformação da Administração Pública que impacta de forma substantiva a condição dos servidores públicos brasileiros e o elenco estatutário dos seus direitos. Assimilados e demandados como trabalhadores do setor privado, os servidores públicos veem seu estatuto especial de direitos ser esvaziado e suas

dinâmicas de trabalho serem impregnadas pelas noções de resultado, eficiência e produtividade, que se acumulam com as exaustivas demandas por serviços humanizados e atendimentos coerentes com os postulados constitucionais e democráticos.

A proposta deste artigo é analisar o impacto das transformações do Estado na organização coletiva dos servidores públicos, sua participação no processo de assimilação jurídica e institucional dessas transformações e, sobretudo, sua capacidade de resistir a elas por meio do direito constitucional de greve.

Não surpreendentemente, o que se observa é que, *pari passu* ao processo de transformação do Estado, do serviço público e do seu estatuto de direitos, foram acontecendo disputas jurídicas e políticas acerca do direito de greve dos servidores, que fora assentado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB). Em outros termos, paralelamente às reformas neoliberais – ou reformas de austeridade, conforme identifica Ferreira (2012) – foram operadas, pela via jurisprudencial, restrições importantes no direito de greve dos servidores públicos. Assim, no atual cenário político, são limitadas as possibilidades de exercício do direito de greve pelos servidores como forma de oposição à agenda de reforma administrativa.

Segundo Delgado (2019, p. 1.697-1.698), o Direito do Trabalho apresenta uma importante exceção à autotutela no âmbito da negociação dos conflitos coletivos trabalhistas: a greve. Ainda que proibida em distintos momentos da história do Direito do Trabalho, o direito de greve tem-se firmado nas sociedades democráticas como um dos elementos essenciais ao exercício de pressão e convencimento, verdadeiro direito fundamental de caráter coletivo dos trabalhadores. Tendo em vista o poder evidentemente maior detido pelos empregadores (DELGADO, 2019, p. 1.698), esse direito desenha-se tanto

para dar efetividade ao princípio da *equivalência entre os contratantes coletivos* quanto, de forma mais ampla, como instrumento de luta, sempre permeado por um componente de transgressão, como explica Paixão (2016). Silva, Gueiros e Lima (2019), com base em concepção de direito alinhada com Bourdieu, entendem ser possível identificar, no período pós-redemocratização, a existência de confrontos sobre os sentidos da greve como espaço institucional de disputa, os quais se materializam na forma como os tribunais respondem aos movimentos paretistas, limitando-os ou reconhecendo-lhes a legitimidade.

Segundo Paixão (2016, p. 64), a greve é uma “chave de leitura para a compreensão das lutas por democracia e reconhecimento”. Ao longo dos processos históricos, com base em concepções mais restritivas ou mais abrangentes do direito à greve, é possível mensurar a amplitude do espaço democrático e identificar riscos desconstituintes desse espaço (PAIXÃO, 2020a). Na presente conjuntura, o Estado brasileiro tem-se aproximado das agendas neoliberais.

Partindo dessas premissas, este artigo tem por objetivo analisar o direito de greve dos servidores públicos civis previsto na CRFB e a interpretação desse direito constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF), notadamente em face das reformas de austeridade.

Durante a investigação, identificaram-se pontos focais que, frequentemente levantados, guiaram a estruturação e a nomeação das subseções da discussão teórica: (1) delineamento do direito de greve na CRFB; (2) exigência de lei para seu exercício e a omissão legislativa, no caso dos servidores públicos; (3) natureza jurídica da greve no serviço público e seus impactos sobre a remuneração alusiva ao período de greve; (4) negociação coletiva; (5) competência para julgar; (6) definição de serviços e atividades essenciais. Por fim, apresenta-se a conclusão.

## 2 O direito de greve dos servidores públicos civis

### 2.1 Delineamento do direito de greve na CRFB

Na estrutura hierárquica organizacional da CRFB, o direito de greve dos trabalhadores foi garantido no Capítulo II, Dos Direitos Sociais, localizado topologicamente no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais:

Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

§ 1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

§ 2º Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei (BRASIL, [2021]).

Ao reconhecer que pertence exclusivamente aos trabalhadores a decisão sobre a oportunidade e o objetivo da greve, a assertiva redação do art. 9º demarca um novo contexto normativo para o direito de greve no País, colidente com as práticas antidemocráticas do período anterior.

Como observa Lourenço Filho (2014) em pesquisa doutoral a respeito das disputas havidas na CRFB sobre a amplitude do direito de greve, houve um movimento de franca ruptura em relação ao modelo restritivo da greve vigente no período pré-constitucional. Mesmo reconhecendo a necessidade de preservar a comunidade em relação a práticas abusivas, a intenção do Constituinte foi a de resguardar a liberdade de exercício do direito de greve diante das alternativas de normatização infraconstitucional, ou mesmo de atuações institucionais, inclusive do Poder Judiciário, que – com base em convicções políticas singulares ou em compreensões historicamente datadas – pudessem retirar dos

trabalhadores a liberdade de defender seus interesses e a forma de exercício do direito de greve.

Essa compreensão funda-se não apenas numa interpretação do texto constitucional comprometida com a vontade constituinte como também na interpretação sistemática da CRFB, que valorizou a amplitude da cidadania, as formas diretas de exercício da participação política, o papel da sociedade civil na resolução de conflitos e as liberdades associativa, sindical e de manifestação. Ademais, há que sempre se considerar a precedência topológica dos direitos dos indivíduos e das organizações coletivas em relação à estrutura do Estado, a incitar a percepção de que não há espaço para condução autoritária ou tutelada do exercício das liberdades constitucionais, que não se confundem e não podem ser confundidas com a limitação *a posteriori* de eventuais excessos ou abusos.

Contudo, em descompasso com a amplitude do art. 9º da Carta de 1988, a Lei nº 7.783/1989 (Lei de Greve) considerou greve “a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador” (BRASIL, [2020b]) e estabeleceu em seus dispositivos diversas previsões atrelando o exercício do direito de greve à negociação coletiva. Invocou, portanto, a univocidade da pauta corporativa e apontou limitações ao exercício do direito de greve, especialmente em função do conceito de greve abusiva e das atividades consideradas essenciais.

Consoante a definição de Delgado (2019, p. 1.703), a greve “seria a paralisação coletiva provisória, parcial ou total, das atividades dos trabalhadores em face de seus empregadores ou tomadores de serviços, com o objetivo de exercer-lhes pressão visando à defesa ou conquista de interesses coletivos, ou com objetivos sociais mais amplos”. Com ele concorda Souto Maior (2010, p. 175), para quem a greve “não é um modo de solução de conflitos e sim uma forma pacífica de expressão do próprio conflito. Trata-se de um instrumento de pressão, legitimamente utilizado pelos empregados para a defesa de seus interesses”.

O direito de greve dos servidores públicos civis está em capítulo próprio, que trata da Administração, e não sob o Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Isso não foi por acaso. O Constituinte realmente quis contemplar o serviço público e a Administração Pública em geral com um conjunto de princípios e regras próprios (um estatuto especial), o que de certa forma influencia algumas interpretações e conclusões, como será visto adiante. Entretanto, essa diferença de localização não é determinante para que o direito de greve seja sujeito a um regime jurídico-constitucional distinto, pois ele continua sendo um direito fundamental (SARLET, 2012, p. 73-76). Delgado (2019, p. 1.718) observa que há uma clara tendência de extensão dos princípios e regras clássicos de greve do setor privado aos servidores públicos civis.

Salientando a natureza de direito fundamental, o Brasil ratificou a Convenção nº 151 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)<sup>1</sup>, cujos arts. 8º e 9º tratam da composição dos conflitos de natureza coletiva entre o Poder Público e os seus servidores (DUARTE, 2012, p. 60-62; ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, [2010], 2019; MENEZES, 2014).

Deve-se lembrar que

a legislação infraconstitucional nacional deve ser interpretada à luz dos princípios de liberdade sindical consagrados na Constituição da República, nas Convenções e Recomendações da OIT e nos tratados internacionais de direitos humanos, de modo a não se impor critérios demasiado rígidos que, na prática, inviabilizem o exercício do direito de greve (BRASIL, 2020c, p. 10).

Já foi decidido pelo STF que o direito de greve do servidor público é direito fundamental de cunho instrumental, uma vez que se trata de direito que assegura as condições de lutar legitimamente pela efetividade de outros direitos (BRASIL, 2007c, p. 384-386; SARLET, 2012, p. 76). Por ser um direito fundamental entende-se que não pode haver distinção entre o trabalhador do setor privado e o do setor público, a menos que o próprio ordenamento assim o determine, como acontece para o servidor público militar (art. 142, § 3º, IV, CRFB<sup>2</sup>).

A greve permite ao servidor público, de modo legal e aberto, pressionar o Estado a cum-

<sup>1</sup> Há o reconhecimento da hierarquia supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que prevalecem sobre qualquer norma interna de matriz infraconstitucional. Assim, a normativa da OIT relativa aos direitos do trabalhador e ao direito de greve em especial não poderia ser contrariada pelas leis brasileiras. Portanto, tal normativo “orienta e informa a interpretação concreta da aplicação do direito de greve no serviço público no Brasil” (SARLET, 2012, p. 77).

<sup>2</sup> “Art. 142. [...] § 3º [...] IV – ao militar são proibidas a sindicalização e a greve; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)” (BRASIL, [2021]).

prir como empregador seus deveres de justiça social pagando salários justos e respeitando o trabalho humano que, de acordo com os preceitos da CRFB, tem o mesmo conteúdo, seja ele prestado pelo servidor público, seja pelo trabalhador da iniciativa privada. O trabalho, independentemente de quem o executa, é fundamento da República (art. 1º, IV, CRFB), da ordem econômica (art. 170, CRFB) e primado da ordem social (art. 193, CRFB) (SILVA, 2008, p. [15]).

Para o Comitê de Liberdade Sindical da OIT (CLS-OIT) (2006 apud BRASIL, 2020c, p. 10), *lato sensu*, o “direito de greve é indissociável do direito de sindicalização”, representando um interesse legítimo do qual os trabalhadores e suas organizações podem socorrer-se para promover e defender seus interesses econômicos, sociais e profissionais. Nesse sentido, a CRFB reconhece tanto o direito à livre associação sindical quanto o direito de greve dos servidores civis públicos (NUNES JÚNIOR, 1996, p. 60-61):

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...]

VI – é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical;

VII – o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (BRASIL, [2021]).

As controvérsias sobre o direito dos servidores públicos à greve começam na discussão da relação entre o Estado como tomador de serviços e o servidor. Seria ela bilateral ou se está diante de uma relação unilateral, em que o interesse público impõe as condições de trabalho, sem

espaço para a negociação contratual (FRAGA; VARGAS, 2010, p. 33)? Conforme esclarece Silva (2008, p. [6], grifo nosso), “não pode ser estatutário e *unilateral* um regime em que os trabalhadores (ou seja, os servidores públicos) se sindicalizam, fazem greve e negociam condições de trabalho com o governo, para toda a categoria, e, individualmente, para o cargo ocupado”.

## 2.2 O exercício de greve: exigência de lei e omissão legislativa

O direito de greve dos servidores civis foi considerado norma de eficácia limitada, dependente de lei reguladora ainda não editada. Portanto, o exercício desse direito exigiria a edição de lei própria (DELGADO, 2019, p. 1.718; NELSON; NELSON; TEIXEIRA, 2018, p. 277; LEITE, 2002, p. [8]; PEREIRA, 1992, p. 72).

Entretanto, a disputa sobre os sentidos do direito também se estabelece no plano da ação dos sujeitos coletivos. Desse modo, ainda que sem uma lei regulamentadora, greves de servidores públicos têm ocorrido desde 1988 com certa frequência, sem que se presuma sua ilegalidade. Segundo Delgado (2019, p. 1.718-1.719), tal entendimento seria sustentado por uma interpretação do art. 37, VII, da CRFB como regra de eficácia contida (e não de eficácia limitada), isto é, o dispositivo teria eficácia imediata nos limites que a ordem jurídica confere atualmente ao instituto da greve (nos limites da Lei nº 7.783/1989), até que lei específica regulamente a matéria para servidores públicos.

Em 1994, na apreciação do Mandado de Injunção (MI) nº 20, o STF pontuou a *omissão legislativa* em regulamentar o direito de greve dos servidores públicos e reconheceu o estado de mora do Congresso Nacional, mas a decisão não viabilizou seu exercício: apenas ratificou a impossibilidade desse exercício antes da edição de lei complementar:

MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO – DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL – EVOLUÇÃO DESSE DIREITO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO – MODELOS NORMATIVOS NO DIREITO COMPARADO – PRERROGATIVA JURÍDICA ASSEGURADA PELA CONSTITUIÇÃO (ART. 37, VII) – IMPOSSIBILIDADE DE SEU EXERCÍCIO ANTES DA EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR – OMISSÃO LEGISLATIVA – HIPÓTESE DE SUA CONFIGURAÇÃO – RECONHECIMENTO DO ESTADO DE MORA DO CONGRESSO NACIONAL – IMPETRAÇÃO POR ENTIDADE DE CLASSE – ADMISSIBILIDADE – WRIT CONCEDIDO. DIREITO DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO: *O preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em consequência, de autoaplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da lei*

*complementar exigida pelo próprio texto da Constituição. A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta – ante a ausência de autoaplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição – para justificar o seu imediato exercício. O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política. A lei complementar referida – que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público – constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do texto constitucional. Essa situação de lacuna técnica, precisamente por inviabilizar o exercício do direito de greve, justifica a utilização e o deferimento do mandado de injunção. A inércia estatal configura-se, objetivamente, quando o excessivo e irrazoável retardamento na efetivação da prestação legislativa – não obstante a ausência, na Constituição, de prazo pré-fixado para a edição da necessária norma regulamentadora – vem a comprometer e a nulificar a situação subjetiva de vantagem criada pelo texto constitucional em favor dos seus beneficiários. MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO: A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de admitir a utilização, pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, do mandado de injunção coletivo, com a finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associados dessas instituições, o exercício de direitos assegurados pela Constituição. Precedentes e doutrina (BRASIL, 1994, p. 1-2, grifos nossos).*

Vale registrar que a redação original do art. 37, VII, da CRFB foi alterada pela EC nº 19/1998, a qual modificou a reserva legal para regulamentação da greve de servidores públicos civis de “lei complementar” para “lei ordinária específica”, que não exige quórum qualificado para aprovação. No bojo de nossa primeira reforma administrativa de alinhamento neoliberal, esse foi o aceno máximo do Poder Legislativo ao direito de greve dos servidores públicos, que continua sem receber tratamento legislativo que garanta seu exercício em consonância com os imperativos constitucionais.

Em 2007, sem se referir ao conceito de eficácia contida, e sim à omissão legislativa, o STF alterou sua jurisprudência: no MI nº 670 (BRASIL, 2007a), bem como no MI nº 708 (BRASIL, 2007b), ambos de relatoria do ministro Gilmar Mendes, deu-se o prazo de 60 dias para que o Congresso Nacional legislasse sobre a matéria. Estabeleceu-se que, caso não o fizesse, para solucionar a omissão legislativa aplicar-se-ia “a Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, enquanto a omissão não seja devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos”. Vejam-se trechos finais da (longa) ementa do Acórdão do MI nº 670:

MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

(STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, *FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nºs 7.701/1988 E 7.783/1989. 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). [...]*

4.4. *O sistema de judicialização do direito de greve dos servidores públicos civis está aberto para que outras atividades [essenciais] sejam submetidas a idêntico regime. Pela complexidade e variedade dos serviços públicos e atividades estratégicas típicas do Estado, há outros serviços públicos, cuja essencialidade não está contemplada pelo rol dos arts. 9º a 11 da Lei nº 7.783/1989. Para os fins desta decisão, a enunciação do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei nº 7.783/1989 é apenas exemplificativa (numerus apertus). [...]*

5.4. *A adequação e a necessidade da definição dessas questões de organização e procedimento dizem respeito a elementos de fixação de competência constitucional de modo a assegurar, a um só tempo, a possibilidade e, sobretudo, os limites ao exercício do direito constitucional de greve dos servidores públicos, e a continuidade na prestação dos serviços públicos. Ao adotar essa medida, este Tribunal passa a assegurar o direito de greve constitucionalmente garantido no art. 37, VII, da Constituição Federal, sem desconsiderar a garantia da continuidade de prestação de serviços públicos – um elemento fundamental para a preservação do interesse público em áreas que são extremamente demandadas pela sociedade. [...]*

6.1. *Aplicabilidade aos servidores públicos civis da Lei nº 7.783/1989, sem prejuízo de que, diante do caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao juízo competente a fixação de regime de greve mais severo, em razão de tratarem de “serviços ou atividades essenciais” (Lei nº 7.783/1989, arts. 9º a 11). [...]*

6.3. *Até a devida disciplina legislativa, devem-se definir as situações provisórias de competência constitucional para a apreciação desses dissídios no contexto nacional, regional, estadual e municipal. Assim, nas condições acima especificadas, se a paralisação for de âmbito nacional, ou abranger mais de uma região da justiça federal, ou ainda, compreender mais de uma unidade da federação, a competência para o dissídio de greve será do Superior Tribunal de Justiça (por aplicação analógica do art. 2º, I, “a”, da Lei nº 7.701/1988). Ainda no âmbito federal, se a controvérsia estiver adstrita a uma única região da justiça federal, a competência será dos Tribunais Regionais Federais (aplicação analógica do art. 6º da Lei nº 7.701/1988). Para o caso da jurisdição no contexto estadual ou municipal, se a controvérsia estiver adstrita a uma unidade da federação, a competência será do respectivo Tribunal de Justiça (também por aplicação*

*análoga do art. 6º da Lei nº 7.701/1988). As greves de âmbito local ou municipal serão dirimidas pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal com jurisdição sobre o local da paralisação, conforme se trate de greve de servidores municipais, estaduais ou federais.*

6.4. Considerados os parâmetros acima delineados, *a par da competência para o dissídio de greve em si, no qual se discuta a abusividade, ou não, da greve, os referidos tribunais, nos âmbitos de sua jurisdição, serão competentes para decidir acerca do mérito do pagamento, ou não, dos dias de paralisação em consonância com a excepcionalidade de que esse juízo se reveste.* Nesse contexto, nos termos do art. 7º da Lei nº 7.783/1989, *a deflagração da greve, em princípio, corresponde à suspensão do contrato de trabalho. Como regra geral, portanto, os salários dos dias de paralisação não deverão ser pagos, salvo no caso em que a greve tenha sido provocada justamente por atraso no pagamento aos servidores públicos civis, ou por outras situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão do contrato de trabalho (art. 7º da Lei nº 7.783/1989, in fine).* [...]

6.6. Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos ditames de segurança jurídica, *fixa-se o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria.*

6.7. Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, *determinar a aplicação das Leis nºs 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis (BRASIL, 2007a, p. 1-7, grifos nossos).*

Passados não 60 dias, mas mais de 10 anos da decisão do STF (e de 30 anos da promulgação da CRFB), ainda não se tem uma lei que regule o direito de greve dos servidores públicos civis.

Mesmo assim, em 2007 observa-se uma mudança significativa: se antes era sinalizada a omissão legislativa, agora se manifesta uma evidente preocupação em dar efetividade ao preceito constitucional, o que pode ser claramente identificado no voto do ministro Celso de Mello no julgamento do MI nº 670, para quem esse preceito se teria tornado “inoperante por um incompreensível estado de inércia governamental”, causando um “retardamento abusivo” do dever estatal de legislar sobre a espécie em análise (BRASIL, 2007a, p. 99-135). O efeito prático foi estender também aos servidores públicos as controvérsias e dissonâncias entre a Lei de Greve e o texto constitucional, seja quanto ao tratamento das atividades essenciais, seja quanto aos efeitos da greve sobre a relação de trabalho.

Embora até aquele momento se pudesse ter uma expectativa positiva em relação à atuação do STF, em 2016, de forma coerente com decisões da Suprema Corte regressivas em matéria de direitos trabalhistas (DUTRA; MACHADO, 2021; PAIXÃO; LOURENÇO FILHO, 2020), ao deliberar sobre a possibilidade de descontos salariais dos servidores públicos grevistas,

a Corte Constitucional aplicou aos servidores públicos restrições contidas na Lei de Greve e o fez como comando, não como possibilidade.

Na medida em que invoca a Lei de Greve como alternativa à mora legislativa, o julgado representa uma guinada em relação à efetivação do direito de greve dos servidores públicos, mas com interpretação que traduz restrição definitiva ao exercício desse direito fundamental em prejuízo dos próprios grevistas. A decisão insere-se num contexto em que os direitos sociais vinham sendo esvaziados pela interpretação das Cortes Superiores traduzindo o que Ferreira (2012) denominou *jurisprudência de austeridade*. Aliás, como identificado por Paixão (2016), esse também vinha sendo o movimento jurisprudencial da Justiça do Trabalho em relação à greve, com base em jurisprudência da Seção de Dissídios Coletivos, que passou a admitir interditos proibitórios contra movimentos paredistas, a estipular percentuais mínimos de funcionamento em atividades essenciais – os quais em algumas situações chegavam a 80% da força de trabalho – e a estabelecer restrições ao que se entendia por greves de natureza política.

### **2.3 Natureza jurídica da greve no serviço público e seus impactos sobre a remuneração alusiva ao período de paralisação**

Ao interpretar a Lei de Greve, a doutrina majoritária estabelece que, em princípio, a greve implicaria suspensão da relação jurídica de trabalho, de modo que (1) não é obrigatório o pagamento de salários; (2) não é obrigatória a prestação do trabalho; (3) o tempo de serviço não é computado (LEITE, 2002, p. [12]). Entretanto, esse enquadramento não é inflexível, visto que a própria Lei de Greve abre a possibilidade de o instrumento normativo que coloca fim ao movimento (seja ele acordo, convenção, laudo arbitral, decisão da Justiça do Trabalho)

convolar o lapso temporal enquadrado como suspensão em simples interrupção da prestação laboral, o que geralmente acontece na prática juslaboral e evita o desconto dos dias parados (DELGADO, 2019, p. 1.708-1.709).

Souto Maior (2010, p. 180) diverge da referida interpretação da Lei de Greve, pois, ainda que admita tratar-se de suspensão do contrato, entende que

o que diz a lei é que os efeitos obrigacionais não estão fixados pela lei. Assim, não pode o empregador, unilateralmente, dizer que está desobrigado de pagar salários durante a greve, pois não terá base legal nenhuma a embasá-lo. E, como se está procurando demonstrar, o direito do recebimento de salário é um efeito obrigacional inegável na medida em que, por lei, o não recebimento de salário somente decorre de falta injustificada ao serviço, ao que, por óbvio, não se equipara a ausência de trabalho em virtude do exercício do direito de greve. É evidente que o exercício de um direito fundamental, o da greve, não pode significar o sacrifício de outro direito fundamental, o do recebimento de salário.

Quanto aos servidores públicos, um dos grandes debates diz respeito à possibilidade do desconto dos dias parados em razão de greve, que figurou no item 6.4 da ementa do Acórdão do MI nº 670 (transcrito na Seção 2.2).

Souto Maior (2010, p. 183) entendia que, por tradição histórica, o não desconto de salários em caso de greve já se teria incorporado “ao patrimônio jurídico dos servidores. Qualquer alteração nesse sentido, [...] além de ilegal, [...] representa[ria] um grave desrespeito aos princípios do não retrocesso social e da condição mais benéfica, até porque as experiências democráticas no sentido da construção da cidadania devem evoluir e não retroceder”. Assim, não seria concebível que o exercício de um direito levasse ao sacrifício da própria sobrevivência, vinculada ao recebimento de salário.

Esse tema foi enfrentado e decidido em 2016, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 693.456. Com repercussão geral reconhecida, o Plenário do STF decidiu por 6 votos a 4 a Tese nº 53:

[a] administração pública deve proceder ao desconto dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, em virtude da suspensão do vínculo funcional que dela decorre, permitida a compensação em caso de acordo. O desconto será, contudo, incabível se ficar demonstrado que a greve foi provocada por conduta ilícita do Poder Público (BRASIL, 2016, p. 2).

Trata-se de interpretação que restringe o legítimo direito ao exercício de greve dos servidores públicos<sup>3</sup>. Nesse sentido, é importante a crítica apresentada por Siqueira (2019, p. 1.039, grifos nossos) de que, no voto do relator Dias Toffoli,

*o histórico foi usado como um argumento para legitimar a limitação do direito de greve, omitindo os momentos e as decisões em que o STF defendeu o direito [de] greve e omitindo que as principais restrições foram típicas de regimes autoritários. Ou seja, dá-se a impressão de que o direito de greve sempre foi limitado, cabendo ao STF atual, da mesma forma, limitá-lo uma vez mais, “pois sempre foi assim”. Ocorre que uma história mais crítica e complexa do direito de greve demonstraria uma “outra história”, na qual o direito de greve foi reconhecido diversas vezes e restringido apenas nos momentos de ditadura e autoritarismo. Demonstraria uma história mais complexa, com idas e vindas, tropeços, discussões e mudanças de sentido. Nesses termos, uma história curta, com saltos e pouco complexa, como a feita no recurso extraordinário nº 693.456, não contribui para o entendimento da greve no Brasil.*

Godoy e Machado (2021, p. 234) observam que, “ao criar uma intervenção que impede o principal ato – parar de trabalhar –, está-se a violar o principal âmbito de proteção do direito fundamental [à greve]”, de modo que, para os autores, o que ocorreu na decisão do STF não foi uma restrição ao direito de greve, mas a “[violação do] que constitui o direito de greve em si”. Em relação aos descontos salariais previstos na Lei de Greve, acrescentam que no Brasil não é plenamente assegurado aos servidores públicos o direito à negociação coletiva, o que impede que os trabalhadores exerçam a faculdade prevista no dispositivo legal (GODOY; MACHADO, 2021).

---

<sup>3</sup> A respeito desse julgamento, é impossível deixar de registrar o brilhante artigo de Gustavo Siqueira sobre as falhas e a seletividade da narrativa histórica sobre o direito de greve constante do voto do relator, ministro Dias Toffoli, que culminam em subsidiar uma decisão restritiva do direito de greve e incoerente com os processos sociais de luta e disputa em torno do instituto (SIQUEIRA, 2019).

No mesmo sentido, chama atenção o voto do ministro Luís Roberto Barroso ao afirmar que o administrador público *não só pode, mas tem o dever de cortar o ponto*: “O corte de ponto é *necessário* para a adequada distribuição dos ônus inerentes à instauração da greve e para que a paralisação – que gera sacrifício à população – não seja adotada pelos servidores sem maiores consequências” (BRASIL, 2016, p. 122, grifo do autor). O ministro Luiz Fux enfatizou a importância da decisão do STF em “momentos de crise”, em que não haveria condições de atender a todas as reivindicações dos movimentos grevistas (BRASIL, 2016, p. 155-157). Por sua vez, o ministro Gilmar Mendes citou as greves praticamente anuais nas universidades públicas que duram meses a fio sem que haja desconto: “[a]lguém é capaz de dizer que isso é lícito? [...] Há greve[s] no mundo todo [...], envolve[m] a suspensão do contrato [de trabalho] de imediato, tanto é que se tem de constituir o fundo de greve” (BRASIL, 2016, p. 137-138).

Por outro lado, o ministro Edson Fachin, que abriu divergência, pontuou que a adesão do servidor público a movimento grevista não pode representar opção econômica de renúncia ao pagamento porque a greve é seu principal instrumento de reivindicação frente ao Estado e sua suspensão não poderia ser decidida unilateralmente (BRASIL, 2016, p. 82-85). Para os ministros que seguiram a divergência, não se podem impor condições ao exercício de um direito constitucionalmente garantido. O ministro Lewandowski ressaltou que “[n]ão há lei específica. Não há nenhum comando que [obrigue] o Estado a fazer o desconto no momento em que for deflagrada a greve” (BRASIL, 2016, p. 160). Em face dessa lacuna, o STF mandou aplicar ao serviço público a lei que rege a greve no setor privado. Entretanto, tendo em vista que servidor público não tem um contrato de trabalho, e sim uma relação estatutária com o Estado, tampouco

se aplicaria o art. 7º da Lei nº 7.783/1989<sup>4</sup>, que prevê a suspensão do contrato de trabalho (BRASIL, 2016, p. 160-163).

No âmbito laboral privado, as repercussões econômicas negativas são sentidas por ambas as partes e levam à busca rápida de uma solução, ao passo que não é essa a regra no contexto do serviço público. Não raro, o Poder Público posterga as negociações com o comando de greve. A suspensão imediata dos vencimentos dos servidores públicos acarreta ônus maior a uma das partes, os servidores, (além do prejuízo à sociedade de forma geral), com o potencial de “aniquilar” o direito de greve no serviço público (BRASIL, 2016, p. 83-84).

Cumprido mencionar que o RE nº 693.456 foi (convenientemente) pautado para julgamento no STF no período pós-*impeachment*, em que estavam despontando movimentos grevistas na administração pública federal e estadual (NELSON; NELSON; TEIXEIRA, 2018, p. 294), os quais evidentemente não se direcionavam apenas à defesa da mandatária deposta, mas ao pacote de reformas que desse processo adviria, os quais aceleraram a aplicação da agenda neoliberal no País.

## 2.4 Negociação coletiva

A Lei nº 8.112/1990 (BRASIL, [2019]) – que dispôs “sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais” – previa em seu art. 240, *d* e *e*<sup>5</sup>, o direito à negociação coletiva e

<sup>4</sup>“Art. 7º Observadas as condições previstas nesta Lei, a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais, durante o período, ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho” (BRASIL, [2020b]).

<sup>5</sup>“Art. 240. Ao servidor público civil é assegurado, nos termos da Constituição Federal, o *direito à livre associação sindical* e os seguintes direitos, entre outros, dela decorrentes: [...] d) de negociação coletiva; (Mantido pelo Congresso Nacional) (Revogado pela Lei nº 9.527, de 10.12.97) e) de ajuizamento, individual e coletivamente, frente à Justiça do Trabalho, nos termos da Constituição Federal. (Mantido

ao dissídio coletivo. Entretanto, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 492 (BRASIL, 1992, p. 84-90) entendeu pela inconstitucionalidade da extensão de tais direitos aos servidores públicos civis, apresentando como *ratio decidendi* a (já superada) teoria da unilateralidade (FRAGA; VARGAS, 2010, p. 33; LEITE, 2002, p. [9]; NUNES JÚNIOR, 1996, p. 61). Por fim, tais dispositivos foram revogados pela Lei nº 9.527/1997. Contudo, se não foi reconhecido o direito à negociação coletiva para servidores públicos, ela acontece *de fato*, o que enfatiza a necessidade da adequação do Direito à realidade fática.

Silva (2008, p. [8]) salienta:

No Direito Coletivo, as partes são os sindicatos (art. 8º, VI da CF ou, no máximo sindicato e empresa(s)) e o objeto do conflito não é o direito posto, mas o direito a ser criado. Não é o “*ius factum*” mas o “*ius condendum*”, o direito a ser constituído. [...]

São profundamente diferentes os dissídios para reivindicar um direito subjetivo garantido por lei e dissídios que visam criar a própria lei.

Pode-se concordar que o reconhecimento das convenções e dos acordos coletivos previsto no art. 7º, XXVI, da CRFB<sup>6</sup>, encontra barreira para os servidores públicos nos princípios da legalidade e do orçamento público, uma vez que cabe ao chefe do Executivo a iniciativa do processo legislativo que leve a aumento de despesas com os servidores públicos<sup>7</sup>. No entanto, isso não quer dizer que, por meio de seu sindicato, os servidores não possam estabelecer negociação coletiva

com o representante do ente da Administração Pública (LEITE, 2002, p. [10]; NUNES JÚNIOR, 1996, p. 63). De fato, a CRFB reconhece o direito à livre associação sindical dos servidores públicos (art. 37, VI), bem como a obrigatoriedade da participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho (art. 8º, VI<sup>8</sup>). Desse processo, pode resultar um projeto de lei, de modo que materialmente haja negociação coletiva, mas do ponto de vista formal tenha-se não um acordo coletivo, e sim uma lei regulando as relações de trabalho entre os servidores e o Estado (LEITE, 2002, p. [10]), ou seja, o regime estatutário, *per se*, não rechaça a negociação coletiva e pode com ela coexistir harmonicamente.

Um passo em direção a (re)assegurar-se legalmente o direito de negociação coletiva do servidor público civil como mecanismo para prevenir e solucionar conflitos foi dado pelo Projeto de Lei (PL) nº 3.831/2015 (BRASIL, 2015), que estabelecia “normas gerais para a negociação coletiva na administração pública direta, nas autarquias e nas fundações públicas dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”, com observação do disposto na Convenção nº 151<sup>9</sup> e na Recomendação nº 159<sup>10</sup>, ambas da OIT. Após ampla discussão pública e consistente intervenção dos sindicatos de servidores públicos, o PL foi aprovado no Congresso Nacional e encaminhado para sanção do então presidente Michel Temer (MDB) em 27/11/2017.

Entretanto, em um contexto de aprovação de uma série de medidas de austeridade, não houve

pelo Congresso Nacional) (Revogado pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)” (BRASIL, [2019], grifo nosso).

<sup>6</sup>“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXVI – reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho” (BRASIL, [2021]).

<sup>7</sup>A Súmula nº 679/STF, de 2003, dispõe: “A fixação de vencimentos dos servidores públicos não pode ser objeto de convenção coletiva” (BRASIL, 2017b, p. 390).

<sup>8</sup>“Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: [...] VI – é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho” (BRASIL, [2021]).

<sup>9</sup>Convenção OIT nº 151 – Direito de Sindicalização e Relações de Trabalho na Administração Pública (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, [2010]).

<sup>10</sup>Recomendação OIT nº 159 – Sobre os Procedimentos para a Definição das Condições de Emprego no Serviço Público (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, [1978]).

espaço para avanços em termos de direitos sociais, e a proposição foi vetada totalmente em 18/12/2017, sob o argumento de inconstitucionalidade formal<sup>11</sup>. Por fim, em 5/4/2018, o Congresso Nacional pronunciou-se pela manutenção do veto. Foi mais uma derrota no que diz respeito à proteção do serviço público, que alija a participação de servidores – por negar-lhes o reconhecimento da negociação coletiva – do processo de discussão de matérias que tocam diretamente suas vidas, o que redundou, novamente, na fragilização do diálogo social, tal como ocorreu no procedimento de aprovação da Reforma Trabalhista de 2017 (DRUCK; DUTRA; SILVA, 2019).

## 2.5 Competência para julgar

Apesar da clareza da redação dada pela EC nº 45/2004 ao art. 114, I e II, da CRFB<sup>12</sup>, a competência para decidir sobre a greve dos servidores foi deslocada da Justiça do Trabalho (SILVA, 2008, p. [1]), conforme decisão no âmbito do julgamento da Medida Cautelar na ADI nº 3.395:

INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Competência. *Justiça do Trabalho. Incompetência reconhecida. Causas entre o Poder Público e seus servidores estatutários. Ações que não se reputam oriundas de relação de trabalho.* Conceito estrito desta relação. Feitos da competência da Justiça Comum. Interpretação do art. 114, inc. I, da CF, introduzido pela EC 45/2004. Precedentes. Liminar deferida para excluir outra interpretação. *O disposto no art. 114, I, da Constituição da República, não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária* (BRASIL, 2006, p. 274, grifos nossos).

Merece destaque que, na decisão do MI nº 712 – na qual se fez a “adaptação” da Lei nº 7.783/1989 à greve do servidor público – não se falou uma vez sequer sobre Justiça Comum ou Federal, e em nenhum momento se excluiu a competência da Justiça do Trabalho para julgar a greve de servidor público. Ao contrário, como mostra Silva (2008, p. [11]), por pelo menos sete vezes, na listagem dos artigos adaptados, a referência à Justiça do Trabalho foi albergada sem restrição.

---

<sup>11</sup> “A proposição legislativa incorre em inconstitucionalidade formal, por invadir competência legislativa de estados, Distrito Federal e municípios, não cabendo à União editar pretensa norma geral sobre negociação coletiva, aplicável aos demais entes federativos, em violação aos artigos 25 e 30 da Constituição, bem como por apresentar vício de iniciativa, ao versar sobre regime jurídico de servidor público, matéria de iniciativa privativa do Presidente da República, a teor do artigo 61, § 1º, II, ‘c’ da Constituição” (BRASIL, 2017a).

<sup>12</sup> “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) II as ações que envolvam exercício do direito de greve; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)” (BRASIL, [2021]).

Entretanto, o posicionamento que afasta a Justiça do Trabalho foi ratificado no julgamento do MI nº 670, conforme pode ser visto no item 6.3 da ementa do Acórdão (transcrito na Seção 2.2). Além disso, a decisão liminar da ADI nº 3.395-MC foi mantida quando se julgou o mérito da ADI nº 3.395, em 2020, 14 anos após a emissão da cautelar:

CONSTITUCIONAL E TRABALHO. *COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ART.114, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004. AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. EXPRESSÃO “RELAÇÃO DE TRABALHO”. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. EXCLUSÃO DAS AÇÕES ENTRE O PODER PÚBLICO E SEUS SERVIDORES. PRECEDENTES. MEDIDA CAUTELAR CONFIRMADA. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. O processo legislativo para edição da Emenda Constitucional 45/2004, que deu nova redação ao inciso I do art. 114 da Constituição Federal, é, do ponto de vista formal, constitucionalmente hígido. 2. A interpretação adequadamente constitucional da expressão “relação do trabalho” deve excluir os vínculos de natureza jurídico-estatutária, em razão do que a competência da Justiça do Trabalho não alcança as ações judiciais entre o Poder Público e seus servidores. 3. Medida Cautelar confirmada e Ação Direta julgada parcialmente procedente (BRASIL, 2020d, p. 1-2, grifos nossos).*

Discute-se que a ADI nº 3.395 se refere a dissídio individual e não abarca o movimento paredista, que – por tratar-se de direito coletivo, e não de direito individual do trabalho – tem seu fulcro no art. 114, II, e não no art. 114, I, da CRFB. Também seriam distintas as pessoas jurídicas: no art. 114, I, os servidores públicos figuram como titulares individuais, ao passo que no dissídio coletivo o sindicato atua como titular coletivo (SILVA, 2008, p. [12-18]). Com base na interpretação restritiva dada ao art. 114, I, da CRFB, tem sido negada competência à Justiça do Trabalho para decidir questões de servidor público.

Essa decisão do STF – que limita a competência da Justiça do Trabalho e difere do entendimento que o próprio STF adotara no ensejo da EC nº 45/2004 – insere-se numa sequência de decisões restritivas proferidas por aquela Corte em relação ao direito do trabalho e ao judiciário trabalhista em diálogo com a legitimação das reformas de austeridade, segundo pesquisas produzidas na área (DUTRA; MACHADO, 2021; PORTO, 2021; CONFORTI, 2021).

## **2.6 Definição de atividades e serviços essenciais**

De certa forma, sempre pairou no ar a ideia de que o servidor público não poderia ou não deveria paralisar suas atividades como forma de

reivindicação, uma vez que a única ou maior prejudicada seria a sociedade, a quem seus serviços seriam direcionados (NELSON; NELSON; TEIXEIRA, 2018, p. 282). Não obstante, a organização coletiva dos servidores públicos brasileiros historicamente orientou-se para usufruir, na prática, do comando constitucional como parte inerente da liberdade sindical que lhe fora assegurada na CRFB.

Não se pode ignorar que a decisão do STF no MI nº 670 também pode ter tido sua premência na necessidade de estabelecer parâmetros para declarar a pretensa abusividade das paralisações no serviço público, em especial de serviços essenciais. Veja-se o que consta do voto do ministro Gilmar Mendes, que deve ser analisado em leitura sistemática com os itens 4.4, 5.4 e 6.1 da ementa do Acórdão do MI nº 670, transcritos na Seção 2.2:

Essas visões parcialmente coincidentes têm contribuído para que as greves no âmbito do serviço público se realizem sem qualquer controle jurídico, dando ensejo a negociações heterodoxas, ou a ausências que comprometem a própria prestação do serviço público, sem qualquer base legal.

Mencionem-se, a propósito, episódios mais recentes relativos à paralisação dos controladores de voo do país; ou ainda, no caso da greve dos servidores do Judiciário do Estado de São Paulo, ou dos peritos do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), que trouxeram prejuízos irreparáveis a parcela significativa da população dependente desses serviços públicos.

A não regulação do direito de greve acabou por propiciar um quadro de selvageria com sérias consequências para o Estado de Direito. [...]

Nesse quadro, não vejo mais como justificar a inércia legislativa e a inoperância das decisões desta Corte (BRASIL, 2007a, p. 30).

Assim, o STF manifestou a necessidade premente de construção de um conceito de “serviços essenciais” que fosse além do contido na Lei nº 7.783/1989 (MENEZES, 2014, p. 29). A amplitude da limitação ao exercício do direito de greve por meio da admissão da necessidade de continuidade de determinados serviços públicos seria feita, caso a caso, jurisprudencialmente (ver item 6.1 da ementa do Acórdão MI nº 670) (FRAGA; VARGAS, 2010, p. 35). O disciplinamento da greve em serviços públicos com características afins aos serviços ou atividades essenciais seria tão ou mais severo que o dispensado aos serviços privados ditos *essenciais*, não estando limitado ao rol enunciado nos arts. 9º a 11 da Lei nº 7.783/1989. Além disso, o fato de haver na CRFB dispositivo próprio acerca do direito de greve dos servidores demonstraria a intenção de se estabelecer para eles norma em certa medida distinta (DELGADO, 2019, p. 1.719; SARLET, 2012, p. 82).

Na mesma data em que foram julgados os MI nºs 670 e 708, também foi julgado o MI nº 712, de relatoria do ministro Eros Grau, no qual se afirma que a regulamentação do exercício do direito de greve dos servidores públicos seria “peculiar”:

MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 5º, LXXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA VEICULADA PELO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL [ART. 9º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89 À GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. PARÂMETROS CONCERNENTES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS SERVIDORES PÚBLICOS DEFINIDOS POR ESTA CORTE. CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. [...] PREVALÊNCIA DO INTERESSE SOCIAL. [...] INCUMBE AO PODER JUDICIÁRIO PRODUIR A NORMA SUFICIENTE PARA TORNAR VIÁVEL O EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS, CONSAGRADO NO ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. [...] 6. A greve, poder de fato, é a arma mais eficaz de que dispõem os trabalhadores visando à conquista de melhores condições de vida. Sua autoaplicabilidade é inquestionável; trata-se de direito fundamental de caráter instrumental. [...] 8. Na relação estatutária do emprego público não se manifesta tensão entre trabalho e capital, tal como se realiza no campo da exploração da atividade econômica pelos particulares. [...] na relação estatutária [...] em tese, aos interesses dos trabalhadores não correspondem, antagonicamente, interesses individuais, senão o interesse social. A greve no serviço público não compromete, diretamente, interesses egoísticos do detentor de capital, mas sim os interesses dos cidadãos que necessitam da prestação do serviço público. [...] 10. A regulamentação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos há de ser peculiar, mesmo porque “serviços ou atividades essenciais” e “necessidades inadiáveis da coletividade” não se superpõem a “serviços públicos”; e vice-versa. [...] 16. Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil (BRASIL, 2007c, p. 384-386).

No MI nº 712, o STF indicou os artigos da Lei nº 7.783/1989 passíveis de serem aplicados aos servidores públicos civis com os devidos ajustes e supressões (BRASIL, 2007c, p. 411-414; NELSON; NELSON; TEIXEIRA, 2018, p. 288).

Se parece correto que “os conceitos da Lei de Greve do setor privado são insuficientes para abarcar as particularidades do setor público, a definição de que ‘todo serviço público é essencial’ [...] parece excessiva” (FRAGA; VARGAS, 2010, p. 40). Importa observar que os debates da Constituinte já sinalizavam a preocupação com abusos em relação

à definição das atividades essenciais, de modo a engendrar restrições infraconstitucionais ao direito de greve (LOURENÇO FILHO, 2014). No contexto da pandemia da Covid-19, essa questão tornou-se evidente: buscava-se não apenas limitar o exercício do direito de greve mas sobretudo instar trabalhadores a arriscarem sua saúde em momentos mais críticos da pandemia, excepcionando nosso já frágil isolamento social (DUTRA; DE LA CRUZ, 2020).

Menezes (2014, p. 29-30) alerta que a greve no setor público não seria tão diferenciada da realizada no setor privado a ponto de reclamar restrições ainda maiores que as já fixadas na Lei nº 7.783/1989, originada, deve-se lembrar, de Medida Provisória (sucedânea dos Decretos-lei da Ditadura Militar) expedida pelo então presidente José Sarney. Enfatiza, pois, que é discutível se o serviço público deve ser equiparado a serviço essencial além dos parâmetros da referida Lei de Greve sob risco de negar-se a prática do direito fundamental de greve.

Entretanto, nas oportunidades em que se discutiu o tema, o STF não indicou as formas de fixação de funcionamento dos serviços mínimos, que do ponto de vista das normas internacionais devem ser objeto de negociação prévia da qual participem os próprios trabalhadores (FRAGA; VARGAS, 2010, p. 40; MENEZES, 2014, p. 30). Em interpretação restritiva, o CLS-OIT (2006 apud BRASIL, 2020c, p. 15) estabeleceu que, embora as circunstâncias de cada país variem, a definição de serviços essenciais deve abranger somente aqueles serviços e atividades cuja interrupção coloca em risco a vida, a segurança ou a saúde de parte ou de toda a população, justamente para que o direito social fundamental de greve não seja obstaculizado.

### **3 Direito do trabalho de exceção: construção do sujeito coletivo dos servidores públicos como inimigos**

Cada vez mais – em sentido *lato* no âmbito Direito do Trabalho<sup>13</sup>, e em sentido *stricto* no âmbito do serviço público – vai-se observando a lógica do direito de exceção, ilustrativo das consequências não democráticas do emprego de *medidas de austeridade*, alicerçadas em ações que fomentam o medo social (legitimado por meio de previsões de cenários catastróficos)

---

<sup>13</sup> Pode-se citar a Lei nº 13.429/2017, que generalizou a terceirização de serviços, e a Lei nº 13.467/2017, que alterou e revogou diversos dispositivos da CLT. Ao que se seguiu um conjunto de normativos – já no contexto de pandemia da Covid-19, que encontrou o Brasil combatido por uma série de desarticulações, flexibilizações e mesmo retrocessos no âmbito dos direitos sociais – com efeitos devastadores, e.g., a Medida Provisória (MP) nº 927/2020, que diminuiu o alcance da atuação sindical em diferentes situações que envolvem acordos trabalhistas, além de outras providências claramente desfavoráveis aos trabalhadores.

e a permanência do poder (reaparição do velho poder soberano e do estado permanente de exceção face às ameaças de insegurança).

Conforme Ferreira (2011, p. 119), as medidas de austeridade podem ser entendidas como aquelas que levam “à disciplina, ao rigor e à contenção econômica, social e cultural”, com base na narrativa falaciosa de que por meio das privações subjetivas e objetivas dos indivíduos se alcançará a solução para a crise “dos mercados financeiros, do déficit público do Estado e dos modelos econômicos e sociais seguidos nos últimos anos”. Trata-se de uma verdadeira política de “requisição civil”, em que o sacrifício pessoal de um grupo de indivíduos – no caso em discussão, dos servidores públicos civis – é requerido em nome do “bem maior” da sociedade.

Sobretudo após a crise dos *subprimes* americanos de 2008, que se espalhou em maior ou menor grau por todo o mundo, os Estados tornaram-se as grandes seguradoras dos riscos assumidos pelas instituições financeiras, com a transferência dos custos das operações para os Estados e, conseqüentemente, para os cidadãos. Em suma, segundo o paradigma da austeridade, é nos cidadãos (ofertados ao sacrifício) que se encontram as soluções para a crise, e o Governo se dedica à tarefa de propalar a notícia que “não há outra opção” (FERREIRA, 2011, p. 122). A esse cenário, somou-se a crise mundial desencadeada pela pandemia da Covid-19.

Exemplo dessas medidas de austeridade é a (hiper)flexibilização do mercado laboral como forma de contornar a gravidade e duração do desemprego na crise atual (e mesmo em todas as demais que a precederam), apesar de estudos mostrarem não haver relação clara entre fraca regulação laboral e maior rapidez do crescimento econômico ou do emprego (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, 2009, p. 52). Assim, ajusta-se perfeitamente à lógica de naturalização de desigualdades o discurso insistente de “contenção de despesas do Estado, privatização do setor público, aumento de impostos, diminuição dos salários e liberalização de direitos, sobretudo do trabalho” (FERREIRA, 2011, p. 120).

Nesse contexto encontram terreno propício as propostas de reformas orientadas pelo princípio da incerteza e da indeterminação: (i) a Reforma da Previdência; (ii) a Reforma Administrativa; e (iii) a Reforma Tributária. A primeira, já aprovada; as duas últimas, em discussão no Congresso Nacional.

Governo e setores empresariais têm visto o contexto da pandemia como uma verdadeira “janela de oportunidade”, um pretexto para o avanço de mudanças permanentes nas relações de trabalho, esboçando um cenário mais duro e nocivo ao trabalhador. No caso dos servidores públicos civis, trata-se de suposto enxugamento das despesas públicas e incremento da eficiência por meio da flexibilização das normas estatutárias e mácula

nos direitos constitucionais obtidos por meio de lutas históricas dos movimentos sociais.

A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 32/2020, que “[a]ltera disposições sobre servidores, empregados públicos e organização administrativa” (Reforma Administrativa), foi apresentada pelo Poder Executivo em setembro de 2020 (BRASIL, 2020a). Segundo Queiroz (2020, grifos do autor), a proposta teria duplo objetivo:

1) de natureza liberal-fiscal, que busca satisfazer o mercado e atender à visão ideológica neoliberal da equipe econômica; e

2) de caráter persecutório e de preconceito para com o servidor. O *primeiro* teria por base a suposição de que o Estado é perdulário, faz má alocação e desperdiça recursos, além de ser acusado de patrocinar privilégios e ser ineficiente. O *segundo* se expressa na narrativa de ataque à honra dos servidores, que têm sido associados por autoridades governamentais a parasitas, a assaltantes e a inimigos do povo. [...]

Além disso, a Reforma Administrativa, que parte da desconfiança dos servidores de carreira, vem num contexto de desmonte dos serviços públicos e não guarda qualquer relação com a melhoria da qualidade do serviço público, nem com a meritocracia. Pelo contrário, foi concebida para desorganizar o Serviço Público, punir os atuais servidores e submeter os futuros a regras draconianas de gestão.

Ainda de acordo com Queiroz (2020), a proposta de Reforma Administrativa prefere o desmonte do Serviço Público à regulamentação dos pontos da CRFB pendentes de lei, como (i) a negociação coletiva no serviço público, para implementar a Convenção nº 151 da OIT no Brasil; e (ii) a regulamentação do direito de greve.

Segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (apud LOPEZ; GUEDES, 2020), nos

últimos 15 anos, o nível da despesa com o funcionalismo público manteve-se praticamente estável: ao redor de 10% do PIB (em 2006, representava 9,7% do PIB; em 2017, passou para 10,7%, um aumento de cerca de apenas um ponto percentual ao longo de 11 anos). Ademais, entre julho de 2010 e dezembro de 2019, os servidores públicos federais tiveram perda salarial de mais de 32%, considerando a inflação do período e, desde fevereiro de 2013, a aposentadoria de todos que ingressaram no serviço público é igual à da iniciativa privada (para ganhar mais do que o teto do Regime Geral de Previdência Social, o servidor público tem que contribuir para uma previdência complementar) (GUEDES..., 2020).

Percebe-se uma construção em que a culpa pela situação passa pelo “funcionalismo público”, de maneira que “ele” tem de pagar e, mais do que isso, faz crer que a austeridade seria o único instrumento capaz de obstar a crise, impedir a ruína nacional e proteger a “sociedade” da incerteza frente ao futuro, numa lógica utilitarista, segundo a qual a distribuição (ainda que injusta) do sacrifício a alguns é apresentada como aceitável diante do aumento no bem-estar total ou médio (FERREIRA, 2011, p. 122-124).

A ambiguidade na articulação entre o poder dos eleitos (atores governamentais eleitos) e dos não eleitos (tanto atores não governamentais, como empresas, quanto governamentais, como juízes) permite um processo de reformas radicais sob o aceno da austeridade, sem que se demarquem seus limites (FERREIRA, 2011, p. 128) e sem que as questões centrais, disfarçadas sob uma suposta neutralidade técnica, sejam submetidas à esfera deliberativa democrática.

Assim, no contexto da crise, a atividade dos tribunais tem também sinalizado a existência de uma “jurisprudência da austeridade”, cujo objeto é o direito da exceção (FERREIRA, 2011, p. 129), de forma que o fenômeno aqui descrito,

que tem como recorte o direito de greve dos servidores civis, é apenas um dos sintomas de um contexto mais amplo, como sinalizado em Dutra e Machado (2021).

## 4 Conclusão

A greve constitui um instrumento a serviço da cidadania e da democracia, na medida em que seu objetivo maior está na reação pacífica e ordenada contra os atos que impliquem direta ou indiretamente desrespeito à dignidade da pessoa humana do cidadão trabalhador. Ela é, a um só tempo, omissão e ação (DELGADO, 2019, p. 1.705).

O direito de greve do servidor público civil é um direito fundamental garantido pela CRFB, de cunho instrumental, uma vez que se trata de direito que assegura as condições de lutar legitimamente pela efetividade de outros direitos.

Neste estudo, analisaram-se alguns julgados paradigmáticos do STF sobre o tema do direito de greve do servidor público civil e como essas decisões, em alguns momentos, viabilizaram e, em outros, limitaram o exercício de tal direito.

Como bem pontuado por Paixão e Lourenço Filho (2020), o Direito do Trabalho (aqui em leitura extensiva, abarcando o Direito Administrativo aplicado às relações laborais entre servidores e Estado) “está sendo reescrito no Brasil” por uma entidade abstrata chamada “mercado”, conformando inclusive a ação do STF, que tem atuado como “verdadeiro agente desconstituente”, numa atitude que se assemelha ao raciocínio do direito penal do inimigo e que caminha para inviabilizar, na prática, o exercício de direitos. Tais entendimentos têm-se dirigido contra a iniciativa de deflagrar greves, numa clara “preocupação” do STF em “prevenir e evitar movimentos grevistas”. O que se observa é uma inversão do sistema de proteção do trabalho por aqueles que deveriam salvaguardar os direitos sociais (um dos núcleos da CRFB).

Mais uma vez salta aos olhos a “crise desconstituente” denunciada por Paixão (2020a, [2020b]), a qual envolve uma série de ações e omissões que atingem setores cruciais da ordem constitucional e inclui práticas que violam o texto constitucional, “destruindo por dentro” sua estrutura, seja pela desconstrução de proteções mínimas estabelecidas pela CRFB, seja pela corrosão de alguns de seus dispositivos fundamentais.

Apesar de delinearem-se determinadas peculiaridades, como direito fundamental a greve dos servidores públicos civis é instrumento essencial de exercício da cidadania, da democracia e da justiça social, e por isso mesmo está em constante disputa na sociedade.

## Sobre as autoras

Shana Schlottfeldt é doutora em Informática pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; *visiting PhD student* da University of York, York, Reino Unido; mestra em Informática pela Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, Espanha; bacharelada em Direito pela UnB, Brasília, DF, Brasil; LLB *exchange student* da Australian National University, Canberra, Austrália; Analista Legislativo da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, Brasil; membra do Comitê Gestor Pró-igualdade de Gênero e Raça da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, Brasil; pesquisadora do Observatório da Lei Geral de Proteção de Dados, UnB, Brasília, DF, Brasil.

E-mail: shana.santos@camara.leg.br

Renata Queiroz Dutra é doutora e mestra em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; professora adjunta de Direito do Trabalho da UnB, Brasília, DF, Brasil; professora do programa de pós-graduação em Direito da UnB, Brasília, DF, Brasil; coordenadora do projeto “Observatório da Reforma Trabalhista no STF”, Brasília, DF, Brasil; integrante da Rede de Estudos e Monitoramento Interdisciplinar da Reforma Trabalhista, Brasil; integrante da Rede Nacional de Grupos de Pesquisa em Direito do Trabalho e Seguridade Social, Brasil.

E-mail: renata.dutra@unb.br

## Como citar este artigo

(ABNT)

SCHLOTTFELDT, Shana; DUTRA, Renata Queiroz. A greve dos servidores públicos civis em face das reformas de austeridade: um direito constitucional em disputa. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 59, n. 234, p. 61-88, abr./jun. 2022. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/234/ril\\_v59\\_n234\\_p61](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/234/ril_v59_n234_p61)

(APA)

Schlottfeldt, S., & Dutra, R. Q. (2022). A greve dos servidores públicos civis em face das reformas de austeridade: um direito constitucional em disputa. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, 59(234), 61-88. Recuperado de [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/234/ril\\_v59\\_n234\\_p61](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/234/ril_v59_n234_p61)

## Referências

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 3.831, de 2015*. Estabelece normas gerais para a negociação coletiva na administração pública direta, nas autarquias e nas fundações públicas dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2057818>. Acesso em: 5 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição nº 32, de 2020*. Altera disposições sobre servidores, empregados públicos e organização administrativa. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2262083>. Acesso em: 5 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 5 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989*. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020b]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17783.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17783.HTM). Acesso em: 5 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm). Acesso em: 5 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. *Mensagem nº 525, de 15 de dezembro de 2017*. [Veta o Projeto de Lei nº 3.831, de 2015]. Brasília, DF: Presidência da República, 2017a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/msg/vet/VET-525.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/msg/vet/VET-525.htm). Acesso em: 5 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Ministério Público do Trabalho. Procuradoria-Geral do Trabalho. Coordenadoria Nacional de Promoção da Liberdade Sindical. *Nota Técnica CONALIS/MPT nº 5, de 27 de julho de 2020*. Sobre o direito social fundamental de greve. Brasília, DF: MPT, CONALIS, 2020c. Disponível em: <https://www.seesp.org.br/site/images/noticias/Nota-T%c3%a9cnica-CONALIS-n.-05-Direito-de-Greve-assinada.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 492/DF*. Constitucional. Trabalho. Justiça do Trabalho. Competência. Ações dos servidores públicos estatutários. C.F., arts. 37, 39, 40, 41, 42 e 114. Lei nº 8.112, de 1990, art. 240, alíneas “d” e “e”. I – Servidores públicos estatutários: direito a negociação coletiva e a ação coletiva frente a Justiça do Trabalho: inconstitucionalidade. Lei 8.112/90, art. 240, alíneas “d” e “e” [...]. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Velloso, 12 de novembro de 1992. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266382>. Acesso em: 5 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.395/DF*. Constitucional e trabalho. Competência da Justiça do Trabalho. Art. 114, I, da Constituição Federal. Emenda Constitucional 45/2004. Ausência de inconstitucionalidade formal. Expressão “relação de trabalho”. Interpretação conforme à Constituição [...]. Requerentes: Associação dos Juizes Federais do Brasil – Ajufe; Associação Nacional dos Magistrados Estaduais – Anamages. Interessado: Congresso Nacional. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 15 de abril de 2020d. Disponível em: [redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753145850](https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753145850). Acesso em: 5 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Injunção 20/DF*. Mandado de injunção coletivo – Direito de greve do servidor público federal – Evolução desse direito no constitucionalismo brasileiro – Modelos normativos no direito comparado – Prerrogativa jurídica assegurada pela Constituição (art. 37, VII) [...]. Requerente: Confederação dos Servidores Públicos do Brasil. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello, 19 de maio de 1994. Disponível em: [redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81733](https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81733). Acesso em: 5 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Injunção 670/ES*. Mandado de injunção. Garantia fundamental (CF, art. 5º, inciso LXXI). Direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 37, inciso VII). Evolução do tema na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) [...]. Impetrante: Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Estado do Espírito Santo – Sindpol. Impetrado: Congresso Nacional. Relator originário: Min. Maurício Corrêa. Relator para o acórdão: Min. Gilmar Mendes, 25 de outubro de 2007a. Disponível em: [redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549](https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549). Acesso em: 5 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Injunção 708/DF*. Mandado de injunção. Garantia fundamental (CF, art. 5º, inciso LXXI). Direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 37, inciso VII). Evolução do tema na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) [...]. Impetrante: Sintem – Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes, 25 de outubro de 2007b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>. Acesso em: 5 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Injunção 712/PA*. Mandado de injunção. Art. 5º, LXXI da Constituição do Brasil. Concessão de efetividade à norma veiculada pelo artigo 37, inciso VII, da Constituição do Brasil. Legitimidade ativa de entidade sindical. Greve dos trabalhadores em geral [art. 9º da Constituição do Brasil] [...]. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará – Sinjep. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Eros Grau, 25 de outubro de 2007c. Disponível em: [redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553). Acesso em: 5 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.395/DF*. Inconstitucionalidade. Ação direta. Competência. Justiça do Trabalho. Incompetência reconhecida. Causas entre o Poder Público e seus servidores estatutários. Ações que não se reputam oriundas de relação de trabalho. Conceito estrito desta relação [...]. Requerentes: Associação dos Juizes Federais do Brasil – Ajufe; Associação Nacional dos Magistrados Estaduais – Anamages. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Cezar Peluso, 5 de abril de 2006. Disponível em: [redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390700](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390700). Acesso em: 5 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 693.456/RJ*. Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Questão de ordem. Formulação de pedido de desistência da ação no recurso extraordinário em que reconhecida a repercussão geral da matéria. Impossibilidade. Mandado de segurança. Servidores públicos civis e direito de greve [...]. Recorrente: Fundação de Apoio à Escola Técnica – Faetec. Recorridos: Renato Barroso Bernabe e outro(a/s). Relator: Min. Dias Toffoli, 27 de outubro de 2016. Disponível em: [redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13866341](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13866341). Acesso em: 5 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Súmula do STF*. Atual. em 1º de dezembro de 2017. [Brasília, DF]: STF, 2017b. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados\\_Sumulas\\_STF\\_1\\_a\\_736\\_Completo.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf). Acesso em: 5 fev. 2022.

CONFORTI, Luciana Paula. (In)competência da Justiça do Trabalho para complementações de aposentadoria em regimes de previdência e execução de contribuições previdenciárias sobre o tempo de serviço. In: DUTRA, Renata Queiroz; MACHADO, Sidnei (org.). *O Supremo e a reforma trabalhista: a construção jurisprudencial da reforma trabalhista de 2017 pelo Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Ed. Fi, 2021. p. 367-401. (Série Ciências Jurídicas & Sociais, 96). Disponível em: <https://www.editorafi.com/159stf>. Acesso em: 5 fev. 2022.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaios sobre a sociedade neoliberal*. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016. (Coleção Estado de Sítio).

DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2019.

DRUCK, Graça; DUTRA, Renata Queiroz; SILVA, Selma Cristina. A contrarreforma neoliberal e a terceirização: a precarização como regra. *Caderno CRH*, Salvador, v. 32, n. 86, p. 289-305, maio/ago. 2019. DOI: <https://doi.org/10.9771/ccrh.v32i86.30518>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ccrh/a/djFJYWDLrSjCyTHJK6TNKCr/?lang=pt>. Acesso em: 5 fev. 2022.

DUARTE, Regina. O direito de greve do servidor público. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, São Paulo, n. 12, p. 57-68, 2012. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/78847>. Acesso em: 5 fev. 2022.

DUTRA, Renata Queiroz; DE LA CRUZ, Maíra Guimarães Araújo. Atividades essenciais no contexto da pandemia do Covid-19 e a centralidade do trabalho digno. In: NEMER NETO, Alberto; ROCHA, Cláudio Jannotti da; RIZK FILHO, José Carlos; PIMENTA, José Roberto Freire; PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto (org.). *Direito material e processual do trabalho constitucionalizados: direito material*. Porto Alegre: LexMagister: OAB Nacional, 2020. v. 1, p. 195-222. (Coleção Direito Material e Processual do Trabalho Constitucionalizados).

DUTRA, Renata Queiroz; MACHADO, Sidnei (org.). *O Supremo e a reforma trabalhista: a construção jurisprudencial da reforma trabalhista de 2017 pelo Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Ed. Fi, 2021. (Série Ciências Jurídicas & Sociais, 96). Disponível em: <https://www.editorafi.com/159stf>. Acesso em: 5 fev. 2022.

FERREIRA, António Casimiro. A sociedade de austeridade: poder, medo e direito do trabalho de exceção. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, 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: 5 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. *Sociedade da austeridade e direito do trabalho de exceção*. Porto: Vida Económica, 2012.

FRAGA, Ricardo Carvalho; VARGAS, Luiz Alberto de. Greve dos servidores públicos e STF. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, DF, v. 76, n. 2, p. 33-42, abr./jun. 2010. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/14077>. Acesso em: 5 fev. 2022.

GODOY, Miguel Gualano; MACHADO, Sidnei. O STF e a greve no serviço público: o caso dos dias de greve. In: DUTRA, Renata Queiroz; MACHADO, Sidnei (org.). *O Supremo e a reforma trabalhista: a construção jurisprudencial da reforma trabalhista de 2017 pelo Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Ed. Fi, 2021. p. 219-238. (Série Ciências Jurídicas & Sociais, 96). Disponível em: <https://www.editorafi.com/159stf>. Acesso em: 5 fev. 2022.

GUEDES chama servidores, que passam a vida contribuindo para o desenvolvimento do país, de parasitas. *SINDSEP-PE*, Recife, 10 fev. 2020. Disponível em: <https://www.sindsep-pe.com.br/noticias-detalle/guedes-chama-servidores-que-passam-a-vida-contribuindo-para-o-desenvolvimento-do-pais-de-parasitas/9798>. Acesso em: 5 fev. 2022.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. International Institute for Labour Studies. *The financial and economic crisis: a decent work response*. Geneva: International Institute for Labour Studies, 2009. Disponível em: [https://www.ilo.org/global/publications/ilo-bookstore/order-online/books/WCMS\\_107583/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/global/publications/ilo-bookstore/order-online/books/WCMS_107583/lang--en/index.htm). Acesso em: 5 fev. 2022.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A greve do servidor público civil e os direitos humanos. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, DF, v. 3, n. 34, mar. 2002. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/870>. Acesso em: 5 fev. 2022.

LOPEZ, Felix; GUEDES, Erivelton. Três décadas de evolução do funcionalismo público no Brasil (1986-2017): atlas do Estado brasileiro. *Texto para Discussão*, Brasília, DF, n. 2.579, p. 1-56, ago. 2020. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/343588638\\_Tres\\_decadas\\_de\\_evolucao\\_do\\_funcionalismo\\_no\\_Brasil\\_1986-2017](https://www.researchgate.net/publication/343588638_Tres_decadas_de_evolucao_do_funcionalismo_no_Brasil_1986-2017). Acesso em: 5 fev. 2022.

LOURENÇO FILHO, Ricardo Machado. *Entre continuidade e ruptura: uma narrativa sobre as disputas de sentido da Constituição de 1988 a partir do direito de greve*. 2015. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2014. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/17567>. Acesso em: 5 fev. 2022.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de. Lacuna: direito de greve do servidor público. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, DF, v. 80, n. 2, p. 25-34, abr./jun. 2014. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/65631>. Acesso em: 5 fev. 2022.

NELSON, Isabel Cristina Amaral de Sousa Rosso; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; TEIXEIRA, Walkyria de Oliveira Rocha. Da construção jurisprudencial quanto a efetivação ao direito de greve do servidor público. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, DF, v. 84, n. 2, p. 276-297, abr./jun. 2018.

NUNES JÚNIOR, Amandino Teixeira. Sindicalização, negociação coletiva e direito de greve dos servidores públicos. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 33, n. 130, p. 55-67, abr./jun. 1996. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176451>. Acesso em: 5 fev. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 151 e a Recomendação nº 159 sobre as relações de trabalho na administração pública. In: BRASIL.

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, 2019. Disponível em: [https://planalto.gov.br/Civivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo76](https://planalto.gov.br/Civivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo76). Acesso em: 5 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. C151 – *Direito de sindicalização e relações de trabalho na Administração Pública*. [S. l.]: OIT, [2010]. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_236160/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236160/lang--pt/index.htm). Acesso em: 5 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. R159 – *Sobre os procedimentos para a definição das condições de emprego no serviço público*. [S. l.]: OIT, [1978]. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_242736/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_242736/lang--pt/index.htm). Acesso em: 5 fev. 2022.

PAIXÃO, Cristiano. Destruindo “por dentro”: práticas desconstituintes do nosso tempo. *Jornal GGN*, [s. l.], 13 jul. 2020a. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/artigos/destruindo-por-dentro-praticas-desconstituintes-do-nosso-tempo-por-cristiano-paixao/>. Acesso em: 5 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. [Discurso proferido no Webinar realizado pela Clínica em Direito do Trabalho da UFPR]. In: STF e a destruição do direito do trabalho: a ADI 6363. [S. l.: s. n., 2020b]. 1 vídeo (1 h 44 min). Publicado pelo canal Percursos UnB. Cristiano Paixão: 39min4seg-1h2min49seg. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=bZMftbLcPDA>. Acesso em: 5 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. O golpe contra a Constituição e o futuro do direito de greve no Brasil. In: RAMOS, Gustavo Teixeira; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti; LOGUERCIO, José Eymard; RAMOS FILHO, Wilson (org.). *A classe trabalhadora e a resistência ao golpe de 2016*. Bauru: Canal 6, 2016. p. 64-67.

PAIXÃO, Cristiano; LOURENÇO FILHO, Ricardo Machado. O STF e o direito do trabalho: as três fases da destruição. *UnB Notícias*, [Brasília, DF], 31 jul. 2020. Opinião. Disponível em: <https://noticias.unb.br/artigos-main/4332-o-stf-e-o-direito-do-trabalho-as-tres-fases-da-destruicao>. Acesso em: 5 fev. 2022.

PEREIRA, Antônio Miguel. A greve do servidor público. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, n. 2, p. 71-72, jan./jun. 1992.

PORTO, Noemia. Competência da Justiça do Trabalho e as ADIs 5326 e 3684: a proteção ao trabalho humano como centro irradiador da interpretação constitucional. In: DUTRA, Renata Queiroz; MACHADO, Sidnei (org.). *O Supremo e a reforma trabalhista: a construção jurisprudencial da reforma trabalhista de 2017 pelo Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Ed. Fi, 2021. p. 402-422. (Série Ciências Jurídicas & Sociais, 96). Disponível em: <https://www.editorafi.com/159stf>. Acesso em: 5 fev. 2022.

QUEIROZ, Antônio Augusto de. PEC 32/20: desregulamentação de direitos; regulamentação de restrições. *DIAP*, Brasília, DF, 22 nov. 2020. Disponível em: <https://www.diap.org.br/index.php/governo-bolsonaro/90092-reforma-administrativa-desregulamentacao-de-direitos-e-regulamentacao-de-restricoes>. Acesso em: 5 fev. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. O direito de greve do servidor público como direito fundamental na perspectiva da Constituição Federal de 1988. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, DF, v. 78, n. 2, p. 72-83, abr./jun. 2012. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/31421>. Acesso em: 5 fev. 2022.

SILVA, Antônio Álvares da. Competência da Justiça do Trabalho para o julgamento de conflitos coletivos de trabalho dos servidores públicos. *Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual*, [s. l.], n. 101, nov. 2008. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/442>. Acesso em: 5 fev. 2022.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da; GUEIROS, Daniele Gabrich; LIMA, Henrique Figueiredo de. Greve e direito: estudo de casos judiciais envolvendo movimentos coletivos de trabalho contra as reformas institucionais de austeridade. *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas: RDRST*, Brasília, DF, v. 5, n. 1, p. 220-254, jan./abr. 2019.

SIQUEIRA, Gustavo S. O STF no Egito: greve e história do direito no Recurso Extraordinário nº 693.456/RJ. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, p. 1.016-1.045, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2019/39637>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/39637>. Acesso em: 5 fev. 2022.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Greve e salário. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 51, n. 81, p. 175-183, jan./jun. 2010. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/74284>. Acesso em: 5 fev. 2022.

# O androcentrismo e o eurocentrismo do Direito do Trabalho

Evidências sociológicas e empíricas

RAFAEL BORGES DE SOUZA BIAS

**Resumo:** O artigo confronta o Direito do Trabalho à crítica feminista decolonial, com o propósito de refutar a teoria desse ramo jurídico, que afasta as mulheres de seu âmbito de proteção por ter como objeto central e quase exclusivo a relação de emprego por prazo indeterminado. Isso ocorre porque suas normas, definidas pela concepção masculina do ciclo da vida, inserem o homem na esfera produtiva e restringem a mulher, vista como sua dependente, à reprodução da força de trabalho. O estudo acrescenta à análise a crítica decolonial para demonstrar que os direitos são determinados por uma concepção abstrata e universalista do humano. Seguindo o método dedutivo, faz uma revisão sistemática do tema, analisa dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, conclui pelo caráter androcêntrico e eurocêntrico das estruturas de direitos trabalhistas e denuncia os papéis do Estado e da sociedade na manutenção da divisão sexual e racial do trabalho.

**Palavras-chave:** gênero; decolonialidade; Direito do Trabalho.

## Androcentrism and eurocentrism of Labor Law: sociological and empirical evidence

**Abstract:** The article confronts the Labor Law with the feminist decolonial critique, with the purpose of refuting the theory of this field of Law. It is assumed that the Labor Law, having as its central and almost exclusive object the employment relationship for an indefinite period, excludes/removes women from its scope of protection. This is because its norms are determined by a male conception of the life cycle, which places men in the productive sphere while women are dependent on them and restricted to the sector of reproduction of the workforce. It adds decolonial critique to the analysis and exposes that rights are determined by an abstract/universalist conception of

Recebido em 20/8/21  
Aprovado em 18/11/21

the human. Following the deductive method, it conducts a systematic review and analyzes data from the National Household Sample Survey by Brazilian Institute of Geography and Statistics, to conclude on the androcentric and Eurocentric character of the structures of labor rights, denouncing the roles of the State and society in maintaining the sexual and racial division of work.

**Keywords:** gender; decoloniality; Labor Law.

## 1 Introdução

Este artigo tem como tema a epistemologia do Direito do Trabalho e como objeto a análise desse ramo jurídico com base na crítica feminista. Visa denunciar que sua estrutura o conforma como produtor e reprodutor da divisão sexual e racial do trabalho. Justifica-se por ser inadmissível que uma teoria diga tratar de justiça e exclua de sua concepção grande parcela da humanidade. No entanto, é isso que o sistema de direitos ocidentais tem feito até hoje.

A análise parte da obra de Andrade (2014), para quem a doutrina tradicional do Direito do Trabalho, contrariando a análise materialista-histórica dos fatos que justificaram a existência de uma legislação social, elegeu como objeto o trabalho subordinado por influência da economia política liberal, o que resultou na primazia das relações individuais em detrimento das relações coletivas (hipótese 1). Em adição a isso, pressupõe-se que a diferenciação valorativa entre trabalho produtivo e trabalho reprodutivo, ao favorecer aquele em detrimento deste, é expressão do patriarcado, que restringiu a mulher ao espaço privado/reprodutivo e outorgou ao homem o espaço público/produtivo, quadro que se reflete na estrutura dos direitos e do Direito (hipótese 2).

Da junção das duas primeiras hipóteses, surge a terceira e central: o Direito do Trabalho é, em si, uma norma de gênero, pois privilegia o trabalho subordinado como seu objeto central e, assim, reduz o seu âmbito de proteção à relação de emprego por prazo indeterminado e em tempo integral, modalidade adequada apenas ao ciclo de vida masculino. Dessa forma, exclui de seu espectro de ação o trabalho reprodutivo. Além de ter surgido para refrear a luta revolucionária, o Direito do Trabalho é um dispositivo de conformação das relações patriarcais (hipótese 3).

## 2 Metodologia

Com o propósito de confirmar ou refutar as hipóteses do estudo, a pesquisa foi dividida em dois momentos. No primeiro foi elaborado um estado da arte do objeto pesquisado, ou seja, um empreendimento exploratório que visou radiografar todos os artigos científicos disponíveis no portal de periódicos da Capes sobre Direito do Trabalho e Gênero. Nessa fase, analisaram-se 41 artigos, 34 internacionais e 7 nacionais. No segundo momento utilizou-se o método observacional na análise documental e estatística de dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), os quais foram interpretados tendo como referência o marco teórico decolonial, a fim de destacar o caráter eurocêntrico tanto da crítica feminista europeia quanto do próprio Direito do Trabalho (DT).

## 3 Objetivos

O objetivo geral do estudo é denunciar o perfil androcêntrico e eurocêntrico do Direito do Trabalho. Seus objetivos específicos são elaborar um estado da arte dos artigos científicos sobre gênero e DT; analisar como as relações de gênero e raciais moldaram a estrutura do DT; apontar como o Estado, o mercado e os sindicatos atuam para a manutenção das normas coloniais de gênero e raça na divisão do trabalho.

## 4 Discussão teórica

### 4.1 A crítica do trabalho subordinado como objeto central do Direito do Trabalho

A doutrina clássica do Direito do Trabalho indica como objeto principal desse ramo jurídico o trabalho livre e subordinado. Afirma que antes do capitalismo havia trabalho escravo ou servil, que foi substituído pelo trabalho livre e subordinado. Nesse jogo, usa o trabalho assalariado para consolidar os pressupostos da economia política liberal e legitimar a exploração do trabalho humano, conferindo à relação entre empregado e empregador uma característica que ela não tem: liberdade. A relação de trabalho capitalista aprisiona não só por reduzir o labor ao status de mercadoria como também por controlar o operário mediante um poder disciplinar estruturado pela economia e

exercido por meio de uma micropolítica do tempo, da atividade, do corpo, dos gestos e da sexualidade.

Pachukanis (1988) explica que a superestrutura jurídica concreta é o resultado da evolução histórica da economia mercantil-monetária e mercantil-capitalista que, por sua vez, é a base dos esquemas abstratos da ideologia jurídica. Assim, “os traços essenciais do direito privado burguês são ao mesmo tempo os atributos característicos da superestrutura jurídica” (PACHUKANIS, 1988, p. 10), ou seja, há um vínculo indissociável entre a forma mercadoria e a forma jurídica.

Como argumenta Marx (2010, p. 53), “a constituição do Estado político e a dissolução da sociedade burguesa nos indivíduos independentes – cuja relação é baseada no Direito, assim como a relação do homem que vivia no estamento e na guilda era baseada no privilégio – se efetiva em um só e mesmo ato”. Portanto, a vigência de uma forma jurídica pautada no binômio objetivo-subjetivo, poder econômico-poder político, trabalho livre-trabalho subordinado é inerente a uma sociedade na qual o trabalho privado individual se torna trabalho social mediante um equivalente geral (dinheiro).

O Direito é indispensável ao projeto de hegemonia e elemento intrínseco à expansão do capitalismo, numa relação dialética de causa e consequência. Ele é essencial para estabelecer a supremacia ideológica do trabalho alienado sobre o trabalho livre e, assim, atender ao discurso do racionalismo instrumental. Com o propósito de atender às necessidades do crescimento industrial e neutralizar o avanço das organizações coletivas dos trabalhadores, uma versão pública de cultura trabalhista em sincronia com o discurso ideológico do trabalho como sinônimo de dever elegeu o trabalho subordinado como objeto central (quase exclusivo) do Direito do Trabalho (ANDRADE, 2014).

Entretanto, uma série de evidências empíricas refutam essa escolha. Estudos produzidos pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) (uma das propagadoras desse *ethos* capitalista do trabalho) demonstram as mudanças radicais que vêm sendo produzidas na sociedade do trabalho – estruturais, institucionais, axiológicas. No mundo todo, o padrão de emprego está sendo erodido, pois os contratos de trabalho passaram a ser temporários, de tempo parcial ou autônomos (INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, 2016). Isso porque a fragmentação da produção, aliada à terceirização, acelerou o comércio de bens intermediários e proliferou as cadeias globais de suprimento, fazendo com que países da Ásia e da América Latina flexibilizassem suas leis sociais e criassem incentivos fiscais para atrair investidores estrangeiros e facilitar a criação de empresas *offshore*. Por seu turno, o avanço tecnológico fez surgirem novos postos e formas de trabalho, por intermédio das plataformas na Internet e aplicativos

de serviços, bem como proporcionou meios de auferir a demanda em tempo real, levando à necessidade crescente de trabalho “flexível” (INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, 2016).

A mundialização da economia capitalista e a pressão do capital financeiro reformularam a divisão do trabalho e produziram um corte epistemológico nos paradigmas do mundo ocidental. As consequências dessa nova realidade não atingem apenas a redução dos custos de produção (sobretudo os “gastos” com trabalhadores) e de proteção social, mas também acarretam uma dramática transformação do próprio conceito de trabalho. A velha centralidade do trabalho subordinado, inspirada no modelo fordista, vem sendo fragmentada em razão de novas experiências. Os empregados assalariados são substituídos pelos terceirizados e autônomos; o trabalho formal, pelo informal; e o trabalho qualificado, pelo desqualificado (ANDRADE, 2014).

Tantas mudanças reverberam também nos movimentos operários. O modelo teórico-prático da doutrina sindical, verticalizado e centrado no trabalho subordinado, é incompatível com as aspirações e perspectivas da sociedade pós-industrial, marcada pela multiplicidade de novos contratos de trabalho; trabalho desregulado; sofisticadas categorias de gestão e administração que trazem mecanismos de controle os quais mobilizam os sentimentos para a produção; impossibilidade de absorção da mão-de-obra pelos setores produtivos tradicionais.

Diante desse quadro, os movimentos sociais fortemente reivindicativos dão lugar às macrodiscussões sobre políticas econômicas, políticas de emprego e renda, redução geral das jornadas, mobilidade geográfica dos trabalhadores, resgate da cidadania (ANDRADE, 2014). Em suma, atualmente as organizações populares buscam mudanças de valores culturais e institucionais, voltando-se para a inclusão de novos atores sociais na luta emancipatória no mundo

do trabalho, como os sem-terra, refugiados, o movimento feminista, LGBT, negro, ambiental, entre outros.

Nada obstante, em termos jurídicos inexistiu uma resposta concreta para enfrentar os novos fenômenos desagregadores da classe trabalhadora que se estabeleceram, definitivamente, na sociedade pós-industrial, bem como albergar as demandas dos novos movimentos sociais.

Uma vez postas as bases para a refutação do objeto tradicional do DT, é preciso refletir sobre o protótipo de sujeito eleito como destinatário desse Direito. As perspectivas políticas contemporâneas, advindas do reconhecimento de novos sujeitos históricos, como as mulheres e o feminismo, produziram correntes teóricas que aprofundaram a análise da exploração capitalista, contribuindo para a reformulação epistêmica de toda a ciência, inclusive do Direito. Como será demonstrado a seguir, foi o que evidenciou a análise dos trabalhos acadêmicos internacionais e nacionais identificados no portal de periódicos da Capes.

## **4.2 O androcentrismo do Direito do Trabalho: revisão sistemática dos artigos científicos que tratam do tema**

Do ponto de vista da sociologia do trabalho, Aruzza (2011) aponta que a categoria *gênero* é capaz de indicar o elo recíproco entre patriarcado e capitalismo, se for analisado o modo como a ideologia patriarcal conforma a divisão do trabalho. O patriarcado divide o trabalho em produtivo e reprodutivo, classifica setores de trabalho, modifica e recria o desenvolvimento do capitalismo. A autora defende que o materialismo histórico pode mostrar a conexão entre patriarcado e capitalismo porque as relações sociais são interligadas às forças produtivas, as quais determinam a organização política e cultural de uma época.

Neste tópico são expostas as pesquisas que revelam a conexão indissociável entre as interpretações relativas a sexo, gênero, sexualidade e a dinâmica da exploração do trabalho no capitalismo. A um só tempo, objetiva-se apontar as evidências irrefutáveis da teoria feminista sobre essa conexão e reivindicar as questões de gênero e raça como elementos essenciais para a compreensão da dinâmica do mundo do trabalho.

Como já explanado, na primeira parte da análise procedeu-se a um estado da arte do debate sobre gênero e Direito do Trabalho. Para a seleção dos artigos científicos, utilizou-se o repositório do portal de periódicos Capes, que oferece acesso a textos disponíveis em mais de 45 mil publicações periódicas, internacionais e nacionais.

No caso dos trabalhos estrangeiros, no campo de busca foram assinaladas as abas “no assunto” e “é (exato)”, combinadas pelo operador booleano “AND”<sup>1</sup>, a fim de selecionar apenas trabalhos cujo tema incluísse precisa e simultaneamente ambos os descritores utilizados – “*Labor Law*” e “*Gender*”. Vale dizer que se repetiu a procura utilizando o termo “*Labour*” no lugar de “*Labor*”, e não foi encontrado nenhum outro artigo que já não tivesse sido obtido anteriormente. A pesquisa resultou em 50 ocorrências, mas após a filtragem só foram aproveitados 34 artigos.

Para a pesquisa dos artigos nacionais seguiu-se inicialmente a mesma metodologia, alterando-se somente os descritores para “Direito do Trabalho” e “Gênero”. Entretanto, a primeira tentativa não produziu resultados. O processo foi refeito, admitindo-se quaisquer

trabalhos em que os descritores pudessem ser encontrados no assunto ou título. Dessa vez resultaram da pesquisa 58 artigos, dos quais só foram aproveitados 8, pois apenas esses tinham pertinência ao tema da investigação. O grande número inicial de trabalhos se justifica pela amplitude do campo de pesquisa.

Na análise dos trabalhos internacionais foi possível observar cinco temas centrais no debate científico: 1) a mulher cis\*<sup>2</sup> e o trabalho reprodutivo; 2) a reestruturação produtiva e a mulher cis\*; 3) a mulher cis\* e a desigualdade de gênero no trabalho; 4) o sindicalismo e a mulher cis\* e 5) Teoria do Direito do Trabalho e a mulher cis\*. Dentre os artigos nacionais, apenas o trabalho de Ribeiro e Reis (2019) vai além desses temas ao tratar da discriminação de trabalhadores homossexuais masculinos e, dentre os artigos nacionais e internacionais, é o único que vai além da mulher cisgênero ao conceber a definição de gênero. Por esse motivo, a análise dos artigos científicos será apresentada de forma integrada.

## **4.2.1 Os artigos científicos internacionais sobre Direito do Trabalho e gênero**

### **4.2.1.1 A mulher cis\* e o trabalho reprodutivo**

Foram encontrados quatro artigos que tratam do trabalho doméstico: Hidalgo (2018), Panikkar, Brugge, Gute e Hyatt (2015), Hopkins (2017) e Fudge (2014); e cinco cujo subtema é a parentalidade: Votinius (2018), Guerrina (2001), Won (2012), Baird, Frino e Williamson (2009) e Kim e Cho (2017). Entre essas análises

<sup>1</sup> Operadores booleanos são termos que relacionam palavras ou grupos de palavras para modificar o resultado da pesquisa em um buscador. Os mais comuns são “and”, “or” ou “and not and”. And serve como soma e restringiu a busca para artigos com títulos ou temas incluídos no conjunto de intersecção entre os dois descritores utilizados.

<sup>2</sup> O termo *cis* acompanhado de \* é a abreviação do termo *cisgênero*. O prefixo vem do latim e significa “do mesmo lado”. Designa a pessoa que ao nascer tem o sexo definido com base em seu órgão sexual externo (feminino ou masculino) e cuja identidade e expressão de gênero conformam-se a esse sexo.

há consenso de que os trabalhos de reprodução social são relegados quase exclusivamente às mulheres. A teoria feminista associa a esse conceito três tipos de trabalho: reprodução biológica, trabalho doméstico não remunerado necessário para a reprodução da força de trabalho e indivíduos que são pagos para realizar tarefas de cuidado (por exemplo, enfermeiras e domésticas) (HOPKINS, 2017).

Hopkins (2017) destaca que o trabalho reprodutivo é desvalorizado por ser considerado “improdutivo”, uma vez que não origina valor de troca ou mais-valor e por isso assume características similares ao trabalho doméstico não pago, que também não tem valor de troca. Essa afirmação conflui com a evidência obtida por Hidalgo (2018), que investigou a construção discursiva do conceito de trabalho “doméstico simples” na jurisprudência da Suprema Corte mexicana. Na pesquisa, averiguou-se que a interpretação do termo pela Corte restringe o âmbito de proteção dessa classe de trabalhadores, diferenciando-os dos demais, com base na ideia ilusória de que a casa é um espaço inerentemente protetor, onde nenhuma exploração poderia ocorrer em face do relacionamento “humano” entre empregados domésticos e seus patrões.

A desvalorização cultural é provocada por questões de superexploração (relacionadas à precarização do trabalho) e de saúde ocupacional, agravadas por critérios étnicos e raciais. Panikkar, Brugge, Gute e Hyatt (2015) e Hidalgo (2018) jogam luz sobre o fato de que o trabalho doméstico e de cuidado é largamente sujeito a doenças ocupacionais devido à desproteção jurídica, associada ao afastamento dessa população de serviços de saúde. Ambos os estudos apontam que a situação é mais gravosa para trabalhadoras imigrantes nos países de campo analisados – EUA e Canadá.

Fudge (2014) explica que os discursos de gênero naturalizam as diferenças sexuais por

meio das relações familiares, da sexualidade, das instituições do Estado e das práticas de trabalho que organizam a procriação e a manutenção da população. É nesse sentido que os estudos sobre parentalidade demonstram que as reflexões sobre trabalho doméstico, cuidado e maternidade devem estar na linha de frente da produção de políticas trabalhistas em uma perspectiva feminista, na medida em que a ideia hegemônica do cuidado das crianças determina padrões de emprego e reforça papéis de gênero opressores (GUERRINA, 2001).

Depois de analisar políticas de licença parentalidade, Votinius (2018) identifica o descompasso entre três tipos de normas que definem a lógica do comportamento dos trabalhadores em razão da parentalidade. A primeira delas é a “norma de paternidade”, que é a previsão legal de que o cuidado com as crianças deve ser igual entre pai e mãe; a segunda é a “norma de maternidade”, que corresponde ao costume de se relegar o cuidado das crianças à mãe; por fim, a terceira norma é a “primazia da norma da vida profissional”, que indica a precedência dos interesses dos empregadores sobre os dos pais. Para o autor, a parentalidade é condicionada às pressões do mercado, que definem o momento e as condições de ser pai ou mãe e reforçam os papéis de gênero, na medida em que as mulheres sofrem discriminação na carreira ou no acesso ao emprego por se presumir que o papel de cuidado cabe a elas, contrariando a legislação sueca, que garante licenças iguais para ambos os sexos a fim de estimular a igualdade de gênero.

O trabalho de Won (2012) demonstra que a inserção de mulheres no mercado de trabalho não foi capaz de alterar a divisão de gênero do trabalho doméstico na Coreia do Sul. Sua investigação revela que as mulheres continuaram assumindo majoritariamente o trabalho reprodutivo no lar – submetidas, portanto, a uma dupla jornada e impedidas de serem completamente inte-

gradas no mundo do trabalho – caracterizando um ciclo vicioso de marginalização.

Ademais, Baird, Frino e Williamson (2009) estudam o caso australiano com base nas negociações coletivas daquele país. No contexto em que se discutia a elaboração de lei sobre licenças parentais, destacam que, de acordo com exemplos internacionais, a licença paternidade remunerada contribui para a melhoria do cenário, ainda que não seja capaz de mudar definitivamente o comportamento dos homens em relação ao trabalho doméstico.

#### **4.2.1.2 A reestruturação produtiva e a mulher cis\***

As pesquisas sobre gênero e organização produtiva explicam como a desvalorização do trabalho doméstico, tido como feminino, levou à feminização do trabalho reprodutivo e ao aprofundamento da exploração dos trabalhadores. Essa afirmação se aplica tanto às pesquisas que tratam do tema de forma ampla, debatendo a reestruturação produtiva (ELIAS, 2009; GRIFFITH; GATES, 2002; MACLEAVY, 2007; KVIST; OVERUD, 2015; FUDGE; VOSKO, 2001), quanto às que focalizam a questão com base nas privatizações (PRIZZIA, 2005), jornadas parciais (MUTARI; FIGART, 2001; MARICA, 2015), contratos temporários (VOSKO, 2008) e trabalho precário (BETTI, 2016; KHOSLA, 2009).

MacLeavy (2007) explica que durante grande parte do século XX prevaleceu nos países industrializados um sistema simples de reprodução social baseado nas relações de gênero: homens, mulheres solteiras e mulheres pobres ocupavam empregos de tempo integral remunerados (conhecidos na literatura internacional como *SER – Standard Employment Relationship*), ao passo que mulheres casadas cuidavam dos trabalhos reprodutivos ou pagavam para que

outras o fizessem. Esse padrão de emprego em tempo integral é denominado pela literatura de “contrato de gênero”, “modelo masculino” ou “modelo de carreira masculino”, já que trabalhos de longas jornadas só eram possíveis graças a essa divisão de gênero entre trabalho remunerado e não remunerado.

Ao analisar a regulação do trabalho temporário pela União Europeia (UE) e OIT, Vosko (2008) caracteriza o SER como uma norma de gênero baseada no código binário homem-provedor x mulher-cuidadora, sustentado na divisão injusta entre trabalho pago e gratuito fomentada pelo Estado, empresas e sindicatos mediante leis e outros meios sociais e econômicos de controle. Trata-se de uma concepção masculina do ciclo da vida, que presume, de um lado, o trabalho contínuo do homem, firmado por um contrato de trabalho que dura desde a formação profissional até a aposentadoria e, de outro, o trabalho da mulher, responsável biológica e socialmente pela reprodução da força de trabalho.

Os resultados da pesquisa de Kim e Cho (2017) confirmam como o contrato de gênero influencia até nas taxas de suicídio dos países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). De acordo com as autoras, jovens masculinos entre 25 e 34 anos são mais sensíveis ao suicídio por causa do desemprego e baixos níveis de renda. Esses fatores, relacionados ao peso do modelo “homem-provedor” incidente sobre eles, implicam a perda da capacidade de viver satisfatoriamente as responsabilidades familiares e o papel masculino. Além disso, homens tendem a escolher meios mais letais de autoagressão. A investigação também revela que as taxas de fertilidade tiveram um forte impacto na redução do suicídio feminino, o que se explica pela hipótese de que a maternidade “protege” as mulheres do suicídio por causa de seu papel esperado de cuidar (KIM; CHO, 2017).

Ao discutir o caso do Reino Unido (trata-se de fato de realidade internacional), MacLeavy (2007) demonstra que, desde a década de 1970, um processo de reestruturação econômica resultou na perda de empregos estáveis e remuneração, com efeitos desproporcionais em empregados masculinos desqualificados. Nesse cenário, o desenvolvimento da economia baseada em serviços fez aumentar as taxas de participação feminina no mercado de trabalho com a criação de práticas de trabalho “flexíveis”, baseadas em contratos casuais, temporários e jornadas de tempo parcial. Isso acarretou uma redistribuição das oportunidades de trabalho entre homens e mulheres e promoveu um nivelamento para baixo da qualidade dos empregos, o que pode ser comprovado pelo fato de a maioria das mulheres na Europa, Canadá e EUA estarem empregadas em postos de trabalhos temporários, conforme expõe Vosko (2008).

Essa política é prejudicial também porque desconsidera o ponto de partida iníquo entre mulheres e homens, dado o maior nível de responsabilidade delas em relação ao trabalho reprodutivo. Assim, o fenômeno da flexibilização de normas trabalhistas é mais agressivo em relação às mulheres tanto porque piora a distribuição de renda na sociedade em termos de gênero quanto porque intensifica a exploração das mulheres nos trabalhos domésticos e de cuidado (MACLEAVY, 2007).

Nessa conjuntura, Prizzia (2005) revela que a onda de privatizações da política neoliberal afetou especificamente as mulheres. Com fundamento na revisão sistemática, na avaliação crítica comparativa de estudos de casos internacionais e no levantamento de dados de estudiosos, de agências internacionais e firmas de pesquisa das economias privatizadas de vários países – Rússia, Polônia, Ucrânia, Bulgária, EUA, Canadá, China, Hong Kong, Malásia, Filipinas, Coreia do Sul, Sri Lanka e Bangladesh, e da privatização das

previdências do Chile, Suécia, Grã-Bretanha e EUA –, o autor conclui que a inclusão de variáveis de gênero na análise dessas mudanças político-econômicas para a seguridade social e a regulação do trabalho demonstra o aprofundamento da desigualdade de gênero e o maior empobrecimento das mulheres.

Elias (2009) conclui que, na Malásia, a feminização do trabalho foi consequência de políticas de reestruturação produtiva para aumento da competitividade da indústria nacional. Não por acaso, a inserção das mulheres deu-se em setores voltados para a exportação (vestuário e eletrônicos), sob o pretexto de estereótipos como a docilidade e de aspectos fenotípicos como os dedos finos, mas cujo sentido real é a possibilidade de pagamento de menores salários. Isso veio acompanhado por uma política de repressão à formação de sindicatos e por práticas de administração paternalistas e mecanismos de controle tayloristas que isolam as operárias do resto da classe trabalhadora. Nesse contexto, embora muitas mulheres admitam que esse tipo de emprego permitiu que elas adquirissem renda de forma conciliada ao trabalho doméstico, a autora destaca que o fenômeno as relegou a postos de trabalho hierarquicamente inferiores e de tempo parcial, reafirmando o seu status de trabalhador secundário.

Ainda no contexto asiático, o trabalho de Khosla (2009) apontou que mulheres em Bangladesh são tradicionalmente excluídas de atividades sociais, políticas e econômicas. Todavia, com a ascensão da indústria de confecções a partir da década de 1970, passaram a trabalhar fora de casa, o que implicou uma redução do setor rural, maior ênfase na educação das meninas e campanhas para melhorar a saúde das mulheres e reduzir a fertilidade, fazendo com que a exclusão social feminina diminuísse muito. Contudo, trata-se de um processo misto, pois, apesar de maior independência econômica,

respeito, posição social e “voz”, persiste o assédio sexual e a exploração do trabalho.

O cenário até agora exposto é uma tendência mundial confirmada por Mutari e Figart (2001), autoras que observaram a composição da força de trabalho em empregos de tempo parcial da UE e criaram uma classificação para os modelos encontrados. Elas concluíram que a maioria das mulheres ocupa postos precários e que os países com semanas de trabalho padrão mais curtas e horas extras limitadas têm melhor classificação nos indicadores de igualdade de gênero, o que demonstra a relação entre jornadas padrão e equidade de gênero salarial, embora se note que a maioria dos países caminha aceleradamente para o modelo de flexibilização liberal.

O trabalho de Marica (2015) atesta essa hipótese, debate sobre a dimensão de gênero do trabalho de tempo parcial e expõe que essa modalidade de contrato é usada em postos de baixa qualificação, com altos níveis de insegurança pela diminuta proteção trabalhista, pouca perspectiva de progressão na carreira, além de menores salários e benefícios em comparação aos contratos integrais. Portanto, o trabalho de tempo parcial é uma das razões do fenômeno conhecido como “feminização da pobreza” na Europa.

Embora todo esse quadro pareça um fenômeno recente, Betti (2016) trata da relação histórica entre trabalho precário e gênero na Itália, para revelar que a divisão de gênero do trabalho e a discriminação de gênero estão no cerne da natureza do trabalho precário como fenômeno multifacetado. Destaca a pesquisadora que, tanto no regime fordista quanto no taylorista, as mulheres são tratadas como “exército de reserva de trabalho”. Logo, a feminização global do trabalho está intimamente ligada à mundialização do trabalho precário.

Também em uma análise histórica, Griffith e Gates (2002) estudam como os regimes auto-

ritários populistas latino-americanos do século XX usaram o gênero para construir seus projetos nacionais, em um processo denominado pela literatura de “modernização do patriarcado”. A pesquisa aponta que a academia tem negligenciado as implicações das políticas de trabalho baseadas em gênero na análise das relações entre Estado e trabalho. Atestam também que a adoção de políticas liberais de flexibilização para a inserção de mulheres no mercado de trabalho serviu para arrefecer o sentimento de resistência da população à política econômica liberal e ao déficit democrático desses regimes.

Visando a alternativas para a regulação do mercado de trabalho no Canadá, Fudge e Vosko (2001) levam em conta a feminização do trabalho e o sucateamento da relação de emprego formal para propor uma nova divisão de gênero do trabalho, capaz de reduzir a polarização entre os sexos e contribuir para a produtividade e a solidariedade social. Nesse intento, elencam como objetivos principais a paridade de salários, de benefícios e condições de trabalho, e novos modelos de representação que garantam a diversidade da força de trabalho.

O’Brien (2005) também advoga por uma mudança na forma como a justiça é percebida, mas o caminho que eleger é a equiparação entre o tratamento jurídico dado às pessoas com deficiência e o dado às mulheres, a fim de feminizar o sistema trabalhista pela transformação da lógica de cidadania baseada na expressão “direito de” para a ideia de “responsabilidade por”. Na visão da autora, a divisão do trabalho é socialmente construída com base na noção de destinos, quando deveria basear-se em dados circunstanciais sobre o que uma pessoa é capaz ou não de fazer.

Quanto à relação entre Estado, trabalho e gênero, Kvist e Overud (2015) analisam a mudança do discurso da política do mercado de trabalho da Suécia, ocorrida da década de 1980 para a

de 1990. Visando à emancipação feminina pelo acesso ao trabalho, o país passou a promover a flexibilização e a redução de impostos sobre o trabalho doméstico com o objetivo de que mulheres empregassem mulheres mais pobres para fazê-lo. Em vez de incentivar a inserção das mulheres pobres na esfera produtiva, essa política apenas estimulou as mulheres a atuar como empreendedoras em setores específicos do mercado.

Para as autoras, apesar de tais mudanças econômicas se justificarem como medidas de promoção da igualdade de gênero, permanece intacta a concepção segundo a qual as mulheres são a fonte do problema a ser resolvido, uma vez que as soluções apontadas partem da ideia de que elas precisam mudar o comportamento para conseguir empregos e fundar empresas, caminhos para a equidade de gênero. Ao fim, concluem que ter a criação do maior número possível de postos de emprego para mulheres como forma de solucionar a desigualdade de gênero é uma abordagem reducionista do problema.

#### **4.2.1.3 Mulher cis\* e desigualdade de gênero no trabalho**

Os estudos direcionados à discriminação de gênero no trabalho (MONAHAN, 2013; SANGSTER; SMITH, 2016) e as políticas de promoção de equidade de gênero (KAISER; MAJOR; JURCEVIC; DOVER; BRADY; SHAPIRO, 2013; MARTÍN-LLAGUNO; NAVARRO-BELTRÁ, 2015; CHACÓN MATA, 2012; ZARTALOU DIS, 2015; TINKLER; LI; MOLLBORN, 2007) demonstram que, em muitos casos, as medidas legais apartadas de estratégias de transformação cultural reduzem a eficácia de propostas de políticas trabalhistas voltadas para a promoção da equidade. É o caso da Costa Rica, onde as mulheres têm melhor qualificação, mas enfrentam desemprego, subemprego, falta de renda e acesso

a recursos produtivos com mais frequência que os homens, conforme Chacón Mata (2012), que estudou o Indicador de Igualdade de Gênero da OIT no projeto Programa de trabalho decente do país.

O trabalho de Monahan (2013) revela algo semelhante. Ao analisar o discurso de dois processos judiciais em que os tribunais estadunidenses julgavam casos de abuso sofrido por carcereiras que trabalham em presídios masculinos e de carcereiros abusadores de presidiárias, a autora identifica que as Cortes criaram uma teoria própria de gênero segundo a qual a mera presença de um corpo feminino incita biologicamente homens que cometeram estupro a praticarem novos crimes sexuais.

Em outras palavras, as Cortes presumem que o estupro é uma “falha da racionalidade” masculina provocada pelo corpo feminino, visto como estimulador, *per si*, da violência sexual. Diante disso, a autora demonstra como o teste do *Bona Fide Occupational Requirement (BFOQ)* – um protocolo que regula a contratação com base em critérios individuais nos EUA – falha nos dois casos estudados, pois os tribunais passaram a proibir o trabalho de pessoas de sexo distinto daquele que o presídio abriga, construindo, assim, um critério de “capacidade de não ser estuprado ou de não estuprar” não só como competência profissional mas também como característica ontológica do gênero (MONAHAN, 2013).

A desigualdade no tratamento descamba também para o emocional e estético. Sangster e Smith (2016) examinam as queixas sindicais relacionadas ao corpo, aparência e comportamento travadas pela Associação Canadense de Aeronavegabilidade durante 30 anos e destacam como a estética e a emoção são instrumentos de acumulação de capital. Por um lado, questionam como e por que a regulação do corpo diferia para homens e mulheres e de que modo essa diferenciação foi sendo modificada com o

tempo e, por outro, destacam como os próprios sentimentos e o senso de identidade dos trabalhadores são um trampolim para protestar contra suas condições de trabalho.

Por sua vez, o estudo de Kaiser, Major, Jurcevic, Dover, Brady e Shapiro (2013) demonstra que a presença de políticas institucionais de apoio à diversidade faz com que membros de grupos de status elevado (homens brancos) percebam instituições desse tipo como ambientes que privilegiam grupos sub-representados (minorias raciais, mulheres), mesmo quando é claro que tais grupos têm sido arbitrariamente desfavorecidos nessas organizações. Além disso, esse estudo revela que, em casos de acusação de discriminação contra mulheres ou negros, homens brancos avaliam favoravelmente a instituição com discurso pela diversidade. Infere-se que a mera existência de programas de promoção da diversidade melhora a percepção sobre o tratamento dessas instituições em relação a grupos marginalizados, mesmo quando isso não ocorre de fato, o que pode acarretar o ocultamento ou descrédito de uma denúncia de discriminação movida contra empresas que adotam tais políticas (KAISER; MAJOR; JURCEVIC; DOVER; BRADY; SHAPIRO, 2013).

Outro estudo de psicologia social também demonstra a má recepção de políticas de equidade de gênero entre indivíduos privilegiados. Tinkler, Li e Mollborn (2007) observam como as medidas de combate ao assédio sexual afetam as crenças dos homens sobre a hierarquia de gênero, demonstrando que 20% deles relatam que o medo de ser acusado de assédio sexual torna o local de trabalho menos confortável, e mais de 30% acreditam que a atração normal pode ser mal interpretada como assédio sexual. Os autores arrematam que a inclusão de políticas contra o assédio sexual como mera experiência burocrática de “aprendizado individual”

fortalece as crenças nos papéis de gênero nos homens e surte um efeito contrário em parte deles.

Martín-Llaguno e Navarro-Beltrá (2015) analisam as políticas trabalhistas de promoção da equidade de gênero em estudo *survey* sobre a aplicação da Lei orgânica para a igualdade efetiva entre mulheres e homens em agências de publicidade espanholas. As pesquisadoras demonstram que essa Lei não eliminou a maternidade como fator determinante para a posição hierárquica das mulheres nas empresas. Além disso, constatou que seus efeitos foram contraditórios: o crescimento do número de mulheres com acesso a postos mais altos evidencia que a segregação vertical diminuiu, mas a menor empregabilidade de mulheres mostra o aumento da segregação horizontal.

Contudo, o estudo de Zartaloudis (2015) destaca que há experiências bem sucedidas na promoção da igualdade de gênero no trabalho. Após analisar o caso da aplicação do programa Estratégia Europeia para o Emprego (EEE) em Portugal e Grécia, ele verificou que a promoção da igualdade de gênero neste último país se deu pelo Fundo Social Europeu e, naquele, teve como caminho a promoção de treinamento e subsídios para *start-ups* de mulheres, e a expansão das instalações de auxílio à conciliação da vida profissional e familiar. Nos dois países houve mudanças consideráveis – mas não transformadoras – no quadro de bem-estar social das mulheres, tendo sido a política de emprego o principal motor das reformas pró-igualdade de gênero.

Quanto à questão da igualdade salarial, Smith (2012) revela que, apesar de a legislação europeia sobre igualdade de gênero ter mais de 30 (trinta) anos, a diferença entre os rendimentos masculinos e femininos manteve-se constante e presente em todos os Estados-membros, independentemente dos acordos institucionais

realizados. Nada obstante, destaca que o panorama regulatório europeu recentemente mudou para um modelo *soft law*, focando menos na igualdade de gênero e mais na EEE. Nesse ambiente, a Comissão Europeia deu maior ênfase ao papel dos parceiros sociais que dos Estados para a correção das disparidades salariais entre homens e mulheres.

#### 4.2.1.4 Sindicalismo e mulher cis\*

Ainda sobre igualdade salarial, Pochic e Chappe (2018) problematizam a forma como as metodologias estatísticas utilizadas em conflitos judiciais por empresários são construídas, negociadas e frequentemente manipuladas pela seleção de indicadores, parâmetros e interpretações que sustentam seus próprios interesses, destacando a existência, desde as décadas de 1970 e 1980, de um “*statactivismo*” (algo possível de se traduzir como estatisticativismo: estatística + ativismo), voltado para denunciar como os indicadores sociais influenciam a concepção de políticas públicas e a necessidade de disputa para a construção de um feminismo de Estado.

Todos os trabalhos são uníssonos em apontar as condições de superexploração a que são submetidas as mulheres cisgênero no mercado de trabalho, e alguns apontam também falhas das instituições que lhes deveriam dar suporte.

Em estudo de caso de greve na Coreia do Sul, Chun (2009) expõe o machismo nas práticas sindicais em um movimento paredista dos funcionários da Hyundai, no qual o sindicato profissional aceitou acordo com empregadores para readmissão das cafeteiras que participaram da greve, mas em contratos flexibilizados, ignorando que elas representavam apenas 0,04% dos funcionários e ingressaram na greve para lutar pelos direitos de toda a classe, majoritariamente masculina. Após a empresa ter-se estabilizado e se negado a formalizar os contratos das cafeteiras, elas entraram novamente em greve, mas sem apoio do sindicato, que as acusou de egoístas. Em contraponto a essa postura dos homens, Chun (2009) aponta o posicionamento da Central Sindical de Mulheres Sulcoreanas (KWTU), que une a luta das trabalhadoras informais com a das trabalhadoras de empregos formais, combatendo a generificação do subemprego. Para a autora, é preciso desenvolver formas mais inclusivas de unionismo com base no gênero e tipo de trabalho.

Norando (2017) destaca como a incorporação das demandas de gênero nos conflitos dos trabalhadores têxteis da Argentina foi mediada pela atuação de dois partidos de esquerda, o Partido Socialista e o Partido Comunista, que intervieram com afinco na concretização das demandas das greves têxteis e da reforma da Lei do Seguro de Maternidade.

#### 4.2.1.5 Teoria do Direito do Trabalho e mulher cis\*

Por fim, dois artigos buscaram aproximar a Teoria do Direito do Trabalho às questões de gênero, uma vez que tentaram explicar as razões estruturais dos quadros apontados nas pesquisas citadas. Em artigo já mencionado, Fudge (2014) defende que é crucial interrogar o campo de atuação espacial e territorial do trabalho, argumentando pela necessária “mercantilização” do cuidado e pela análise das cadeias globais do trabalho reprodutivo. Defende que o Direito do Trabalho deve expandir-se além do conceito de Estado-nação, a fim de incluir processos transnacionais. Também destaca que o escopo subjetivo do Direito do Trabalho e sua jurisdição são históricos e contingentes, e não conceituais e universais.

Por sua vez, Gottfried (2015) discute como a eleição do emprego formal como objeto central do Direito Social é uma escolha patriarcal, pois voltada ao protótipo de trabalhador masculino, sendo esse o motivo de o sistema jurídico ser baseado na lógica “direitos de”, e não “responsabilidades por”. É justamente a centralidade do SER<sup>3</sup> que faz com que se privilegiem os direitos sobre as responsabilidades, de modo a valorizar o cidadão-trabalhador masculino cujos direitos derivam da sua participação no trabalho assalariado e, simultaneamente, desprestigiar o trabalhador feminino, diretamente ligado ao cuidado. Assim, a autora conclui pela necessidade de se afastar um projeto político centrado no trabalho formal como meio para a emancipação, substituindo-o por um sistema de responsabilidades compartilhadas, obtido pela renegociação sobre as divisões do trabalho e a expansão do conteúdo da justiça econômica tanto na esfera pública quanto na esfera privada.

#### 4.2.2 Os artigos científicos nacionais sobre Direito do Trabalho e gênero

Conforme já assinalado, a pesquisa dos artigos nacionais foi refeita admitindo-se quaisquer trabalhos em que os descritores “Direito do Trabalho” e “Gênero” pudessem ser encontrados no assunto ou título. Dos 58 artigos obtidos, apenas 8 foram aproveitados por serem pertinentes à investigação.

Os artigos brasileiros apresentam grande homogeneidade em suas categorias: todos são da área do Direito, usam como técnica de investigação o método monográfico, ou seja, o delineamento é majoritariamente bibliográfico, exceto o trabalho de Matos e Cirino (2016), que combina esse método com o observacional e documental.

---

<sup>3</sup> *Standard Employment Relationship*.

Além dos cinco grupos temáticos observados nos textos de periódicos estrangeiros, que pressunham relações exclusivamente heterossexuais no mundo do trabalho, no artigo de Ribeiro e Reis (2019) identificou-se outro nicho: o Direito do Trabalho relacionado à discriminação da população LGBT. Os demais artigos tratam de Teoria do Direito do Trabalho na perspectiva de gênero (MURADAS; PEREIRA, 2018), equidade de gênero (OLIVEIRA; FURTADO, 2014; LOPES, 2006), discriminação de gênero (MATOS; CIRINO, 2016; ÁVILA; SOUZA, 2017), sindicalismo (THOMÉ; SCHWARZ, 2017) e reestruturação produtiva (BARSTED, 1996).

Com base no diálogo com as ideias de autores do pensamento decolonial, Muradas e Pereira (2018) criticam a abordagem doutrinária dominante no núcleo protetivo do Direito do Trabalho brasileiro (trabalho livre-subordinado) e relacionam essas ideias com o feminismo interseccional para, ao fim, ligá-las à crítica formulada por Andrade (2014).

Oliveira e Furtado (2014) fazem uma análise meramente dogmática da evolução legislativa do Direito do Trabalho e concluem pela ineficiência dos instrumentos de tutela, incapazes de converter a igualdade formal em material. Barsted (1996) segue o mesmo caminho e limita-se a discorrer sobre legislação trabalhista no Brasil e, no último tópico, analisa como a reestruturação produtiva pode afetar as mulheres.

Por sua vez, Matos e Cirino (2016) – com base em análise qualitativa e pesquisa bibliográfica, e nos dados apresentados nos Relatórios de Gênero elaborados pelo IBGE, OIT e Secretaria de Políticas para Mulheres de São Paulo (SPM) – analisam a discriminação de gênero no trabalho decorrente da dificuldade das mulheres de inserção, permanência e ascensão na carreira.

As autoras explicam a divisão sexual do trabalho com base na ideia de construção social

da identidade de gênero que – proveniente da reiteração de normas que regulam e produzem os diversos seres corporais tendo como referência a lógica heterossexual e androcêntrica – confirma a divisão sexual do trabalho e engendra as relações de exploração, dominação e opressão na esfera produtiva e reprodutiva. Ao final, em leitura crítica das normas internas e dos tratados internacionais que regulamentam o trabalho da mulher, bem como de decisões judiciais esparsas comentadas no texto, concluem pela necessidade de implementar políticas de discriminação positiva e de criar um conceito de Direito Humano ao Trabalho, a fim de promover a igualdade de oportunidades e corrigir as diferenças de igualdade material entre os gêneros.

Lopes (2006) também fala sobre equidade de gênero. Ela expõe que a transformação promovida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), ao estabelecer pela primeira vez que os deveres e responsabilidades decorrentes da sociedade conjugal cabem aos cônjuges (BRASIL, [2021]), marca uma mudança de paradigma no Direito do Trabalho que antes se destinava a proteger o lugar da mulher no lar e agora busca garantir seu acesso ao trabalho produtivo. O artigo faz também um resgate histórico da ideologia patriarcal nas estruturas jurídicas das Constituições anteriores, a fim de destacar a ruptura representada pela Carta Magna de 1988.

Ribeiro e Reis (2019) averigam, mediante o viés “jurídico-sociológico-antropológico” (*sic*), os preconceitos sofridos pelos trabalhadores homossexuais nos “ambientes juslaborais” (*sic*), sem explicar o que esses conceitos significam. Pautando-se pela perspectiva constitucional do direito fundamental ao trabalho digno e pela teoria de Judith Butler acerca da construção social do gênero e das performatividades dissidentes, criticam o sistema de opressão capitalista que exclui esses grupos e reforça desigualdades.

Além disso, debatem as medidas adotadas pelo Direito do Trabalho para minimizar as discriminações sofridas por sujeitos subalternizados e a importância da proteção jurídica.

Ávila e Souza (2017) investigam a participação de mulheres nos órgãos dirigentes de sindicatos profissionais como forma de combater a desigualdade de gênero no mercado de trabalho. Destacam que essa é uma das principais formas de garantir o acesso das mulheres ao emprego, pois possibilita o empoderamento mediante o exercício da cidadania na esfera pública, onde se constrói a democracia. Além disso, argumentam que a intervenção de mulheres nos sindicatos pode dar maior legitimidade às normas coletivas sobre igualdade de gênero. Como estratégia, apontam a necessidade de implementação de ações afirmativas para combater os óbices à participação das mulheres nas organizações trabalhistas (ÁVILA; SOUZA, 2017).

Por sua vez, Thomé e Schwarz (2017) apontam que a divisão sexual do trabalho repercute negativamente também nos sindicatos, uma vez que, reproduzindo os papéis estereotipados de gênero, a esmagadora maioria das diretorias dessas organizações são dominadas por homens. Desse modo, também concluem que é preciso implementar ações afirmativas para combater as dificuldades de participação das mulheres nos órgãos de decisão.

### **4.3 O eurocentrismo do Direito do Trabalho e da crítica feminista: dados empíricos da realidade brasileira (PNAD-IBGE) e a perspectiva decolonial**

O arcabouço crítico de todos os artigos até aqui analisados é insuficiente porque reduzem sua óptica a uma perspectiva estritamente binária, seja sobre a identidade gênero, seja sobre a sexualidade. Uma possível explicação para que nenhum dos trabalhos tenha abordado as

relações de gênero fora de uma visão heteronormativa pode ser a importância da afirmação da família para a consolidação do capitalismo industrial e do Estado de Bem-Estar. A maioria das pesquisas foi produzida em países centrais e industrializados, os quais experimentaram verdadeiramente o *Welfare State*. Assim, para eles, o modelo do homem provedor é algo de tal forma presente que dificulta ou impede discutir cientificamente sobre a existência de relações familiares que não se conformam ao modelo “homem-mulher-filhos”. Soma-se a essa carência a ausência de discussões sobre a questão racial.

No Brasil, em 2018, 14,6% das mulheres brasileiras ocupadas (5,7 milhões) concentravam-se em atividades remuneradas no trabalho doméstico. Dessas, 3,9 milhões eram mulheres negras, o que representa 68,4% das trabalhadoras domésticas e 63% do total de trabalhadores(as) domésticos(as), que são 6,2 milhões (PINHEIRO; LIRA; REZENDE; FONTOURA, 2019).

Segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) (2017), 40% das famílias são chefiadas por mulheres; 88,1% das mulheres brancas e 91,5% das mulheres negras acima dos 16 anos cuidam dos afazeres domésticos; entre as economicamente ativas, as brancas gastam em média 20,2h semanais nessas atividades; as negras, 22,1h. Por sua vez, os homens brancos gastam apenas 9,8h semanais com trabalho doméstico; os negros, 10,5h. O mesmo estudo revela que a jornada das mulheres em ocupações fora do lar tem média de 35h; a dos homens, 40,9h. No caso das mulheres, a jornada média total de trabalho (soma da jornada no trabalho principal e nos afazeres domésticos) é de 53,7h; no caso dos homens, ela é de 46,1h (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2017).

A tabela a seguir mostra a renda *per capita* conforme o chefe de família:

## Tabela

Renda *per capita* conforme gênero e cor do chefe da família

Homem branco	R\$ 1.557,80
Mulher branca	R\$ 1.468,80
Homem negro	R\$ 986,60
Mulher negra	R\$ 868,80

Fonte: elaborado pelo autor com base em dados do IBGE/PNAD em Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (2017).

Como se observa, há uma enorme desigualdade entre famílias lideradas por negros e negras em relação às lideradas por brancos e brancas, sendo o quadro pior para aquelas chefiadas por mulheres negras, que recebem o equivalente a apenas 55% da renda obtida pelas famílias chefiadas por homens brancos.

Outros dados também atestam esse cenário de desigualdade de gênero e raça: 42,5% das famílias chefiadas por mulheres brancas têm renda *per capita* abaixo de 1 salário mínimo contra 67,7% das famílias chefiadas por mulheres negras. Entre as famílias chefiadas por homens brancos, 39,2% têm renda *per capita* inferior a 1 salário mínimo, contra 61,4% de famílias chefiadas por homens negros. Nada obstante, 19% das famílias pluripessoais (com mais de uma pessoa) são chefiadas por mulheres sozinhas, das quais 42,9% são brancas, e 57,1% são negras, ao passo que homens chefiam sozinhos apenas 4% das famílias pluri-pessoais. Em outros termos, 1/5 das famílias brasileiras são sustentadas somente por uma mulher, pois considerável parte dos homens foge das responsabilidades do trabalho reprodutivo (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2017).

Apesar de os dados demonstrarem que há confluências em certos aspectos com os estudos que tratam da realidade europeia, como a desigualdade salarial e a maior jornada total da mulher, as estatísticas revelam que a crítica feminista ao chamado “contrato de gênero” não se aplica totalmente ao caso brasileiro, tendo em vista que aqui não subsiste a dualidade homem-provedor x mulher-cuidadora, mas sim, em considerável proporção, a relação mulher-provedora-cuidadora x homem-provedor. Portanto, a crítica ao contrato de gênero baseado na primeira dualidade é uma visão eurocentrada.

Para os autores decoloniais, os direitos apoiam-se em uma concepção abstrata universal e eurocêntrica do humano (SPIVAK, 2003). Nesse sentido, a diferença de realidades reside na estrutura da colonialidade do poder, apontada por Quijano (2000, p. 215, tradução nossa), que se refere à “classificação sistemática das populações do mundo em torno da ideia

de raça”. O autor compreende que a América Latina se estabeleceu como o primeiro espaço-tempo do novo padrão de poder da modernidade, baseado na oposição conquistadores x conquistados determinada pela raça como um modo de outorgar legitimidade às relações de dominação impostas pela conquista, e na articulação de todos os formatos de controle do trabalho em torno do capital e do mercado mundial.

Assim, a raça é uma tecnologia de dominação e de exploração do trabalho que delegou o trabalho servil ao índio; o trabalho escravo ao negro; o assalariado ao branco; e os altos postos da administração aos nobres. Nesse contexto, cada esfera da existência é parte de ligações sistemáticas que compõem uma só estrutura de poder: para o controle do trabalho, de seus recursos e produtos, há a empresa capitalista; para o controle do sexo, de seus recursos e produtos, a família burguesa; para o controle da autoridade, o Estado-nação; e para o controle da intersubjetividade, o eurocentrismo (QUIJANO, 2000).

Lugones (2014) integra o conceito de gênero ao de colonialidade do poder para fornecer uma visão mais acurada da opressão vivenciada pelas mulheres em contextos pós-coloniais. Sob essa óptica, compreende-se que, no Brasil, as dimensões de gênero, raça e classe fizeram com que o trabalho de reprodução social – realizado principalmente por mulheres negras pobres descendentes de escravos – permaneça invisível e não reconhecido.

Dessa forma, apesar de apontarem argumentos decisivos para a compreensão da iniquidade de gênero no mundo, as reflexões internacionais limitam-se a uma realidade histórica e territorial eurocêntrica, demonstrando que na crítica do Direito Social há lacunas na explicação da violência racial e sexual, e por isso essas reflexões não podem ser transpostas acriticamente para falar sobre os países periféricos ou em nome deles.

O contexto latino-americano exige uma análise multifocal das relações de poder que constituem o trabalho doméstico como trabalho desvalorizado ou não trabalho. É necessário que se destaque o papel da escravidão e do racismo na conformação do trabalho doméstico como trabalho da mulher negra, indígena, imigrante, pobre.

Do ponto de vista histórico, essa visão ajuda a perceber como a escravidão permitiu que a promulgação da CLT não tenha sido apenas um instrumento de promoção de direitos como também um dispositivo que, voltado para a industrialização do país, criou propositadamente grupos excluídos de sua proteção. Partindo de uma perspectiva decolonial e feminista, percebe-se como o racismo e o patriarcado atuaram conjuntamente para excluir o trabalho reprodutivo da proteção estatal. Considerando que o trabalho doméstico era executado por mulheres negras, a exclusão

dessa atividade da regulação do trabalho foi pautada por critérios de gênero e raça.

Mendoza (2014) afirma que as mulheres foram não só racializadas mas também reinventadas como mulheres de acordo com os códigos e princípios ocidentais discriminatórios de gênero. Se antes as mulheres brancas e “honestas” não trabalhavam, e as negras eram assaltadas pela pauperização do trabalho doméstico, hoje, quando as brancas trabalham, as negras têm comprometidas desde a infância a formação e as possibilidades profissionais.

Hirata e Kergoat (2007) demonstram que atualmente cresce o número de mulheres em profissões de nível superior e com relevante capital econômico e social, cujos interesses próprios, não mediados por homens, são opostos aos das mulheres inseridas no precário mercado de trabalho, as quais são atingidas pela generalização do tempo parcial. Esse quadro estabelece uma relação de exploração vertical das mulheres do Norte sobre as do Sul global e uma relação de competitividade horizontal entre as precárias vindas do Sul e do Leste para os países centrais. Apesar da delegação do trabalho doméstico entre as mulheres, Kofes (2001) ressalta que a responsabilidade com o doméstico e o familiar continua sendo da mulher, pois as patroas permanecem administrando as funções realizadas pelas domésticas.

Conforme Davis (2016), a dona de casa como figura ideológica da mulher é um arquétipo das classes médias emergentes, porque as mulheres pobres nunca exerceram unicamente o papel de administradoras do lar, pois sempre trabalharam fora e em mais de uma jornada. Justamente por ser a casa o espaço da feminilidade, a atividade extraluar da mulher negra nunca teve legitimação completa, incidindo sobre essa atividade dúplice desvalorização.

Diante do exposto, pode-se concluir que a inserção de fatores raciais na análise do sistema

de dominação capitalista já permite superar interpretações meramente biológicas acerca da exploração do trabalho da mulher. Encarar as mulheres com base em seus distintos processos de racialização revela que nem todas as mulheres ocupam os postos de subordinadas na sistemática estruturante do modo de produção capitalista se comparadas a homens e mulheres negras.

Portanto, não é possível que o Direito do Trabalho cumpra as suas funções declaradas, resumidas no Princípio da Proteção que o estrutura, sem que se somem as implicações das relações de gênero e raça às de classe, pois são partes indissociáveis da totalidade concreta que conforma o modo de produção capitalista (BHATTACHARYA, 2017).

## 5 Conclusão

A maioria dos artigos científicos analisados neste estudo foram produzidos com base em pesquisas de instituições sediadas nos países centrais, o que limita a aplicação de seus pressupostos e conclusões à realidade brasileira. Além disso, notou-se um vazio sobre a questão da diversidade sexual e da identidade de gênero, uma vez que os trabalhos limitam suas problematizações à figura da mulher cis\* heterossexual.

As análises reconhecem a existência de uma norma de gênero dentro da estrutura dos direitos trabalhistas, pois o âmbito de incidência dos sistemas de proteção social foi baseado nos contratos de tempo indeterminado adequados ao ciclo de vida masculino, que pressupõe o trabalho na esfera produtiva como a relação primordial, quase exclusiva, de trabalho. Assim, historicamente, os Estados ocidentais têm ignorado a tutela estatal do trabalho reprodutivo, executado em casa, onde as mulheres são apriacionadas justamente por serem consideradas

executoras *a priori* das atividades de manutenção da vida e da reprodução biológica.

Ademais, atestou-se que, mesmo quando inseridas no mercado de trabalho, as mulheres têm sua atividade desvalorizada em dois sentidos. Primeiro, porque essa inserção foi mediada por um processo de flexibilização e deterioração de direitos, com a criação dos contratos de tempo flexível e a instituição de políticas de austeridade, que limitaram os gastos públicos com programas de redistribuição de renda e bens público. Segundo, porque a desigualdade de gênero persiste do ponto de vista horizontal e vertical, pois para as mulheres é mais difícil entrar no mercado de trabalho e ascender na carreira.

A amplitude dos locais onde foram produzidos os artigos analisados – ainda que concentrados no Hemisfério Norte – permite afirmar que a questão de gênero no trabalho é um problema mundial. Todos os estudos apontam que o capitalismo se aproveitou das determinações históricas do patriarcado para utilizar o trabalho reprodutivo como meio de potencialização da exploração do mais-valor, pois a divisão sexual do trabalho permite que haja uma força de trabalho disponível para ser explorada na esfera produtiva – no caso, a do homem – porque liberada das atividades domésticas, relegadas às mulheres. Contudo, a maior parte das atividades reprodutivas não é remunerada, daí o serviço do patriarcado ao capital: permite que ele não tenha que arcar com os custos da manutenção e renovação da força de trabalho executada gratuitamente pelas mulheres.

Especificamente sobre o trabalho doméstico, é necessário destacar que, em nível global, ele é majoritariamente executado por mulheres negras, indígenas ou imigrantes. Conforme Bairros (2014), o conceito de mulher usado pelo feminismo traz implícito tanto a dimensão do sexo biológico como a construção social do

gênero. Isso marca a opressão sexista como um fenômeno universal, mas ignora as especificidades de cada contexto histórico e cultural. Para Gonzalez (2011, p. 13), essa visão reflete “uma visão de mundo eurocêntrica e neocolonialista da realidade”, porque oculta a dimensão racial.

Em uma sociedade extremamente racializada recaem sobre o trabalho doméstico todos os sistemas de desvalorização possíveis, na medida em que a ele também se associa a não utilização do intelecto e a ausência de resultados permanentes. No entendimento de Kofes (2001), é como se ele fosse um não trabalho e sua realizadora uma não mulher. A crítica da autora está situada em uma perspectiva intragênero, isto é, denota que as mulheres que realizam o trabalho doméstico são menos mulheres que as demais, sobretudo porque as trabalhadoras domésticas são racializadas (negras, indígenas, imigrantes). A isso se soma o fato de que as mulheres em geral são consideradas menos pessoas que os homens, na medida em que seu trabalho é menos valorizado que o trabalho masculino.

A ideia de progresso da condição da mulher na sociedade é ilusória, pois sua liberdade é incompleta tanto porque depende do aprisionamento de outra mulher quanto porque a atualização da divisão sexual do trabalho não extinguiu alguns processos psicológicos típicos da esfera doméstica ou privada, vinculando a atuação das mulheres no espaço público ao seu status emocional e às suas afeições à reprodução. Dessa forma, ao colocar o masculino e a pessoa branca como norma de referência, a universalidade abstrata cria uma “cidadania patriarcal eurocêntrica”, visto que nesse contrato social imposto à classe trabalhadora, em letras miúdas, há uma “cláusula sexual” e uma “cláusula racial”.

Nesse contexto, o trabalho doméstico necessário para a própria reprodução social não é visto como elemento fundamental de manutenção da vida, fazendo com que as atividades domésticas

das mulheres – que sofrem os desgastes físicos e psicológicos da dupla jornada de trabalho – permaneçam invisibilizadas e sem remuneração. O não reconhecimento do trabalho doméstico feminino amplia a margem de lucro, atuando indiretamente na produção de mais-valor.

Desvela-se que o Direito do Trabalho tem uma instrumentalidade sistêmica no capitalismo, pois adota os pressupostos androcêntricos do patriarcado em sua estrutura. Ao assumir o trabalho subordinado como seu objeto central, configura uma norma de gênero que define o Estado burguês, o que se percebe tanto pelo que se considera trabalho formal (aquele composto por prazos contínuos e jornadas que duram todo o dia) quanto pela condição de assalariado para ter acesso a direitos, ou seja, para o exercício da cidadania. Como as mulheres são responsáveis pelas atividades domésticas e de cuidado, não têm tempo disponível (ou têm muito menos tempo que os homens) para trabalhar “fora” e dedicar-se integralmente a uma profissão. Por isso, são subcidadãs, excluídas de benefícios sociais e de participação política, que só podem acessar como dependentes de um homem.

Ao ser aplicado, o DT não emancipa, apenas reproduz a estrutura do capital do ponto de vista classista, racial e de gênero. Mantém a esfera da reprodução submetida à da produção – assim como o natural ao civil. Sua concepção de justiça é pautada pela oposição privado-público, que mantém a atual divisão social e sexual do trabalho. Daí se falar em uma eficácia invertida desse ramo jurídico, pois ele promete melhorar a condição de vida do trabalhador, ao mesmo tempo que impede que o campo de lutas ocorra em um nível de debate suficientemente amplo para reestruturar o modo de produção.

A eficácia invertida do DT se traduz na política de dupla face dos direitos sociais. O Estado pressupõe o homem atuando na esfera pública e produtiva como sustentáculo financeiro da família, e a mulher como responsável pelo trabalho privado, reprodutivo. Em consequência, mesmo quando o Estado pretende reconhecer algum benefício para a mulher, esse reconhecimento vem acompanhado de alguma forma de manutenção das estruturas que orientam e fortalecem a subordinação das mulheres. Exemplo disso é a existência de pensão por morte em contraponto à inexistência de qualquer sistema de redistribuição de renda que se fundamente na importância da mulher para a sobrevivência da sociedade. Nos casos de pensão – prestações que estigmatizam as mulheres beneficiárias, vistas como despesas –, o Estado apenas substitui o homem na manutenção da dependência feminina.

Embora nem todos os desdobramentos possíveis das premissas aqui encontradas tenham sido explorados neste artigo e até mesmo na dissertação que lhe deu origem, as evidências ora apontadas devem germinar

em estudos futuros, a fim de alcançar um enfoque mais acurado de gênero, sexo, sexualidade e raça para interpretar o Direito com base em uma perspectiva unitária. Deseja-se que as reflexões aqui apresentadas possam provocar o necessário debate sobre as opressões que conformam o capitalismo tanto no debate sociológico quanto na Teoria do Direito.

### Sobre o autor

Rafael Borges de Souza Bias é mestre em Direito pelo programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (PPGD-UFPE), Recife, PE, Brasil; doutorando em Direito pelo PPGD-UFPE, Recife, PE, Brasil.

E-mail: rafaelborgesbias@gmail.com

Trabalho financiado pela Fundação de Amparo à Ciência e Tecnologia do Estado de Pernambuco.

### Como citar este artigo

(ABNT)

BIAS, Rafael Borges de Souza. O androcentrismo e o eurocentrismo do Direito do Trabalho: evidências sociológicas e empíricas. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 59, n. 234, p. 89-114, abr./jun. 2022. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/234/ril\\_v59\\_n234\\_p89](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/234/ril_v59_n234_p89)

(APA)

Bias, R. B. de S. (2022). O androcentrismo e o eurocentrismo do Direito do Trabalho: evidências sociológicas e empíricas. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 59(234), 89-114. Recuperado de [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/234/ril\\_v59\\_n234\\_p89](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/234/ril_v59_n234_p89)

### Referências

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. *O direito do trabalho na filosofia e na teoria social crítica: os sentidos do trabalho subordinado na cultura e no poder das organizações*. São Paulo: LTr, 2014.

ARUZZA, Cinzia. Rumo a uma “união queer” de marxismo e feminismo? *Lutas Sociais*, São Paulo, n. 27, p. 159-171, jul./dez. 2011. DOI: <https://doi.org/10.23925/ls.v0i27.18740>. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/ls/article/view/18740>. Acesso em: 11 fev. 2022.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira; SOUZA, Paula Vilela Machado de. Contexto da discriminação feminina no Brasil e legitimação das medidas afirmativas de gênero. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1.610-1.632, jul. 2017. DOI: <https://doi.org/10.12957/rqi.2017.27347>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/27347>. Acesso em: 23 abr. 2022.

BAIRD, Marian; FRINO, Betty; WILLIAMSON, Sue. Paid maternity and paternity leave and the emergence of “equality bargaining” in Australia: an analysis of enterprise agreements, 2003-2007. *Australian Bulletin of Labour*, Adelaide, v. 35, n. 4, p. 671-691, 2009.

BAIRROS, Luiza. Nossos feminismos revisitados. In: ESPINOSA MIÑOSO, Yuderlys; GÓMEZ CORREAL, Diana; OCHOA MUÑOZ, Karina (ed.). *Tejiendo de otro modo: feminismo, epistemología y apuestas descoloniales en Abya Yala*. Popayán: Ed. Universidad del Cauca, 2014. p. 181-187.

BARSTED, Leila de Andrade Linhares. Gênero, trabalho e legislação trabalhista no Brasil. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 4, n. 2, p. 447-463, 1996. DOI: <https://doi.org/10.1590/%25x>. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/16815>. Acesso em: 4 maio 2022.

BETTI, Eloisa. Gender and precarious labor in a historical perspective: Italian women and precarious work between Fordism and post-Fordism. *International Labor and Working-Class History*, Cambridge, UK, n. 89, p. 64-83, 2016. DOI: <https://doi.org/10.1017/S0147547915000356>.

BHATTACHARYA, Tithi (ed.). *Social reproduction theory: remapping class, recentring oppression*. London: Pluto Press, 2017. (Mapping Social Reproduction Theory).

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 11 fev. 2022.

CHACÓN MATA, Alfonso. Análisis del indicador de ocupación en condiciones de equidad (tasa de participación y empleo) propuesto por la Organización Internacional del Trabajo y su aplicabilidad actual en el mercado de trabajo costarricense (2007-2010). *Ciencias Económicas*, [s. l.], v. 30, n. 1, p. 305-342, 2012. Disponível em: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/economicas/article/view/7004>. Acesso em: 11 fev. 2022.

CHUN, Jennifer Jihye. Legal liminality: the gender and labour politics of organising South Korea's irregular workforce. *Third World Quarterly*, London, v. 30, n. 3, p. 535-550, 2009. DOI: <https://doi.org/10.1080/01436590902742313>.

DAVIS, Angela. *Mulheres, raça e classe*. Tradução de Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016.

ELIAS, Juanita. Gendering liberalisation and labour reform in Malaysia: fostering “competitiveness” in the productive and reproductive economies. *Third World Quarterly*, London, v. 30, n. 3, p. 469-483, 2009. DOI: <https://doi.org/10.1080/01436590902742263>.

FUDGE, Judy. Feminist reflections on the scope of labour law: domestic work, social reproduction, and jurisdiction. *Feminist Legal Studies*, Berlin, v. 22, n. 1, p. 1-23, Feb. 2014. DOI: <https://doi.org/10.1007/s10691-014-9256-2>.

FUDGE, Judy; VOSKO, Leah F. By whose standards? Reregulating the Canadian labour market. *Economic and Industrial Democracy*, London, v. 22, n. 3, p. 327-356, Aug. 2001. DOI: <https://doi.org/10.1177/0143831X01223002>. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0143831X01223002>. Acesso em: 11 fev. 2022.

GONZALEZ, Lélia. Por um feminismo afro-latino-americano. *Caderno de Formação Política do Círculo Palmarino*, [s. l.], n. 1, p. 12-20, 2011.

GOTTFRIED, Heidi. Why workers' rights are not women's rights. *Laws*, [Basel], v. 4, n. 2, p. 139-163, 2015. DOI: <https://doi.org/10.3390/laws4020139>. Disponível em: <https://www.mdpi.com/2075-471X/4/2/139>. Acesso em: 11 fev. 2022.

GRIFFITH, Kati L.; GATES, Leslie C. A State's gendered response to political instability: gendering labor policy in semiauthoritarian El Salvador (1944-1972). *Social Politics: International Studies in Gender, State & Society*, Oxford, UK, v. 9, n. 2, p. 248-292, Sept. 2002. DOI: <https://doi.org/10.1093/sp/9.2.248>.

GUERRINA, Roberta. Equality, difference and motherhood: the case for a feminist analysis of equal rights and maternity legislation. *Journal of Gender Studies*, Oxfordshire, UK, v. 10, n. 1, p. 33-42, 2001. DOI: <https://doi.org/10.1080/095892301300050555>.

HIDALGO, Sara. The making of a “simple domestic”: domestic workers, the Supreme Court, and the law in postrevolutionary Mexico. *International Labor and Working-Class History*, Cambridge, UK, v. 94, p. 55-79, Dec. 2018. DOI: <https://doi.org/10.1017/s0147547918000157>.

HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièle. Novas configurações da divisão sexual do trabalho. Tradução de Fátima Murad. *Cadernos de Pesquisa*, [s. l.], v. 37, n. 132, p. 595-609, set./dez. 2007. Disponível em: <http://publicacoes.fcc.org.br/index.php/cp/article/view/344>. Acesso em: 11 fev. 2022.

HOPKINS, Carmen Teeple. Work intensifications, injuries and legal exclusions for paid domestic workers in Montréal, Québec. *Gender, Place & Culture*, Oxfordshire, UK, v. 24, n. 2, p. 201-212, Mar. 2017. DOI: <https://doi.org/10.1080/0966369X.2017.1298573>.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Retrato das desigualdades de gênero e raça – 1995 a 2015*. Brasília, DF: Ipea, 2017.

INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. *Non-standard employment around the world: understanding challenges, shaping prospects*. Geneva: ILO, 2016. Disponível em: [https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS\\_534326/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_534326/lang--en/index.htm). Acesso em: 11 fev. 2022.

KAISER, Cheryl R.; MAJOR, Brenda; JURCEVIC, Ines; DOVER, Tessa L.; BRADY, Laura M.; SHAPIRO, Jenessa R. Presumed fair: ironic effects of organizational diversity structures. *Journal of Personality and Social Psychology*, Washington, DC, v. 104, n. 3, p. 504-519, 2013. DOI: <https://doi.org/10.1037/a0030838>.

KHOSLA, Nidhi. The ready-made garments industry in Bangladesh: a means to reducing gender-based social exclusion of women? *Journal of International Women's Studies*, [Amsterdam], v. 11, n. 1, p. 289-303, Nov. 2009. Disponível em: <https://vc.bridgew.edu/jiws/vol11/iss1/18/>. Acesso em: 11 fev. 2022.

KIM, Chungah; CHO, Youngtae. Does unstable employment have an association with suicide rates among the young? *International Journal of Environmental Research and Public Health*, [Basel], v. 14, n. 5, p. 1-14, Apr. 2017. DOI: <https://doi.org/10.3390/ijerph14050470>. Disponível em: <https://www.mdpi.com/1660-4601/14/5/470>. Acesso em: 11 fev. 2022.

KOFES, Suely. *Mulher, mulheres: identidade, diferença e desigualdade na relação entre patroas e empregadas*. Campinas: Ed. Unicamp, 2001.

KVIST, Elin; OVERUD, Johanna. From emancipation through employment to emancipation through entrepreneurship: an analysis of the Special Labor Market Initiatives (BRYT) and Tax Deduction for Domestic Services (RUT) in Sweden. *Nordic Journal of Working Life Studies*, [Aalborg], v. 5, n. 3, p. 41-57, Sept. 2015. DOI: <https://doi.org/10.19154/njwls.v5i3.4806>. Disponível em: <https://tidsskrift.dk/njwls/article/view/26697>. Acesso em: 11 fev. 2022.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. Direito do trabalho da mulher: da proteção à promoção. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 26, p. 405-430, jan./jun. 2006. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-83332006000100016>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cpa/a/Yyqvmv4gkq449zL5p3CtH8J/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 4 maio 2022.

LUGONES, María. Colonialidad y género. In: ESPINOSA MIÑOSO, Yuderkys; GÓMEZ CORREAL, Diana; OCHOA MUÑOZ, Karina (ed.). *Tejiendo de otro modo: feminismo, epistemología y apuestas descoloniales en Abya Yala*. Popayán: Ed. Universidad del Cauca, 2014. p. 57-73.

MACLEAVY, Julie. Engendering new labour's workfarist regime: exploring the intersection of welfare State restructuring and labour market policies in the UK. *Gender, Place & Culture*, Oxfordshire, UK, v. 14, n. 6, p. 721-743, 2007. DOI: <https://doi.org/10.1080/09663690701659283>.

MARICA, Mihaela-Emilia. Non-standard employment relationship and the gender dimension. *Juridical Tribune*, [Bucharest], v. 5, n. 2, p. 168-178, Dec. 2015. Disponível em: [http://www.tribunajuridica.eu/arhiva/anul5v2\\_en.html](http://www.tribunajuridica.eu/arhiva/anul5v2_en.html). Acesso em: 11 fev. 2022.

MARTÍN-LLAGUNO, Marta; NAVARRO-BELTRÁ, Marian. La segregación vertical y horizontal en las agencias de publicidad antes y después de la Ley de igualdad de mujeres y hombres. *Reis. Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, [Madrid], n. 150, p. 113-149, abr./jun. 2015. DOI: <https://doi.org/10.5477/cis/reis.150.113>. Disponível em: <http://www.reis>.

cis.es/REIS/jsp/REIS.jsp?opcion=articulo&ktitulo=2513&autor=MARTA+MART%CDN-LLAGUNO%2C+MARI%C1N+NAVARRO-BELTR%C1. Acesso em: 11 fev. 2022.

MARX, Karl. *Sobre a questão judaica*: inclui as cartas de Marx a Ruge publicadas nos Anais Franco-Alemães. Tradução de Nélio Schneider e Wanda Caldeira Brant. São Paulo: Boitempo, 2010. (Coleção Marx-Engels).

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; CIRINO, Samia Moda. Análise crítica da efetividade do direito humano ao trabalho: um impasse na discriminação de gênero. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 1.955-1.981, nov. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.12957/rqi.2016.22189>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/22189/18879>. Acesso em: 3 maio 2022.

MENDOZA, Breny. La epistemología del sur, la colonialidad del género y el feminismo latinoamericano. In: ESPINOSA MIÑOSO, Yuderkys; GÓMEZ CORREAL, Diana; OCHOA MUÑOZ, Karina (ed.). *Tejiendo de otro modo: feminismo, epistemología y apuestas descoloniales en Abya Yala*. Popayán: Ed. Universidad del Cauca, 2014. p. 91-103.

MONAHAN, Camille. The failure of the *bona fide* occupational qualification in cross-gender prison guard cases: a problem beyond equal employment opportunity. *Hypatia*, Oregon, v. 28, n. 1, p. 101-121, 2013. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1527-2001.2011.01248.x>.

MURADAS, Daniela; PEREIRA, Flávia Souza Máximo. Decolonialidade do saber e direito do trabalho brasileiro: sujeições interseccionais contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2.117-2.142, out. 2018. DOI: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2018/30370>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/pg95kcBhyQTgcTPVfBmWcfr/?lang=pt>. Acesso em: 3 maio 2022.

MUTARI, Ellen; FIGART, Deborah M. Europe at a crossroads: harmonization, liberalization, and the gender of work time. *Social Politics: International Studies in Gender, State & Society*, Oxford, UK, v. 8, n. 1, p. 36-64, Mar. 2001. DOI: <https://doi.org/10.1093/sp/8.1.36>.

NORANDO, Verónica. Izquierdas, género e industria textil argentina. Los Partidos Comunista y Socialista ante las demandas de las trabajadoras, 1936-1946. *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, [Bogotá], v. 44, n. 2, p. 87-109, jul./dic. 2017. DOI: <https://doi.org/10.15446/achsc.v44n2.64016>. Disponível em: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0120-24562017000200004](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-24562017000200004). Acesso em: 11 fev. 2022.

O'BRIEN, Ruth. Other voices at the workplace: gender, disability, and an alternative ethic of care. *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, Chicago, v. 30, n. 2, p. 1.529-1.555, 2005. DOI: <https://doi.org/10.1086/423350>.

OLIVEIRA, João Mateus Silva Fagundes; FURTADO, Natália Maria Reis Oliveira. Mulher e trabalho: igualdade material e formal – uma utopia necessária. *Revista Thesis Juris*, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 75-91, jan./jun. 2014. DOI: <https://doi.org/10.5585/rtj.v3i1.142>. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/thesisjuris/article/view/9177>. Acesso em: 3 maio 2022.

PACHUKANIS, Evgeni Bronislavovitch. *Teoria geral do direito e marxismo*. Tradução de Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Academica, 1988.

PANIKKAR, Bindu; BRUGGE, Doug; GUTE, David M.; HYATT, Raymond R. “They see us as machines”: the experience of recent immigrant women in the low wage informal labor sector. *PLOS ONE*, [s. l.], v. 10, n. 11, p. 1-18, Nov. 2015. DOI: <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0142686>. Disponível em: <https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0142686>. Acesso em: 2 maio 2022.

PINHEIRO, Luana; LIRA, Fernanda; REZENDE, Marcela; FONTOURA, Natália. Os desafios do passado no trabalho doméstico do século XXI: reflexões para o caso brasileiro a partir dos dados da PNAD contínua. *Texto para Discussão*, Brasília, DF, n. 2.528, p. 1-44, nov. 2019. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/9538>. Acesso em: 11 fev. 2022.

POCHIC, Sophie; CHAPPE, Vincent-Arnaud. Battles through and about statistics in French pay equity bargaining: the politics of quantification at workplace level. *Gender, Work & Organization*, [s. l.], v. 26, n. 5, p. 650-667, Sept. 2018. DOI: <https://doi.org/10.1111/gwao.12298>.

PRIZZIA, Ross. An international perspective of privatization and women workers. *Journal of International Women's Studies*, [Amsterdam], v. 7, n. 1, p. 55-68, Nov. 2005. Disponível em: <https://vc.bridgew.edu/jiws/vol7/iss1/5/>. Acesso em: 11 fev. 2022.

QUIJANO, Anibal. Coloniality of power and eurocentrism in Latin America. *International Sociology*, [s. l.], v. 15, n. 2, p. 215-232, June 2000. DOI: <https://doi.org/10.1177/0268580900015002005>.

RIBEIRO, Breno Lucas Carvalho; REIS, Ítalo Moreira. Trabalhadores homossexuais, sustentabilidade e democracia: diálogos para a efetivação de políticas públicas no combate à discriminação nos ambientes laborais. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, Guanambi, v. 6, n. 1, p. 1-23, jan./jun. 2019. DOI: <https://doi.org/10.29293/rdfg.v6i01.250>. Disponível em: <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/250>. Acesso em: 2 maio 2022.

SANGSTER, Joan; SMITH, Julia. Beards and bloomers: flight attendants, grievances and embodied labour in the Canadian airline industry, 1960s-1980s. *Gender, Work & Organization*, [s. l.], v. 23, n. 2, p. 183-199, Mar. 2016. DOI: <https://doi.org/10.1111/gwao.12120>.

SMITH, Mark. Social regulation of the gender pay gap in the EU. *European Journal of Industrial Relations*, [s. l.], v. 18, n. 4, p. 365-380, Dec. 2012. DOI: <https://doi.org/10.1177/0959680112465931>.

SPIVAK, Gayatri Chakravorty. ¿Puede hablar el subalterno? Traducción del inglés de Antonio Díaz G. Revisada por Santiago Giraldo y María Teresa Salcedo. *Revista Colombiana de Antropología*, [Bogotá], v. 39, p. 297-364, enero/dic. 2003. Disponível em: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0486-65252003000100010](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0486-65252003000100010). Acesso em: 11 fev. 2022.

THOMÉ, Candy Florencio; SCHWARZ, Rodrigo Garcia. The principle of gender equality and the fundamental rights and guarantees of participation of women in union organizations in Brazil. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, p. 675-704, Apr. 2017. DOI: <https://doi.org/10.12957/rqi.2017.24853>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/24853>. Acesso em: 11 fev. 2022.

TINKLER, Justine Eatenson; LI, Yan E.; MOLLBORN, Stefanie. Can legal interventions change beliefs? The effect of exposure to sexual harassment policy on men's gender beliefs. *Social Psychology Quarterly*, Thousand Oak, v. 70, n. 4, p. 480-494, Dec. 2007. DOI: <https://doi.org/10.1177%2F019027250707000413>.

VOSKO, Leah F. Temporary work in transnational labor regulation: SER-Centrism and the risk of exacerbating gendered precariousness. *Social Indicators Research*, [s. l.], v. 88, n. 1, p. 131-145, Aug. 2008. DOI: <https://doi.org/10.1007/s11205-007-9206-3>.

VOTINIUS, Jenny Julén. Normative distortions in labour law: exploring the field of parental rights in working life. *Social & Legal Studies*, [s. l.], v. 27, n. 4, p. 493-511, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1177/0964663917753724>.

WON, Sook-Yeon. Gendered working-time arrangements and their policy implications: Korean experiences. *Time & Society*, Thousand Oaks, v. 21, n. 3, p. 285-307, 2012. DOI: <https://doi.org/10.1177/0961463X12450242>.

ZARTALOUDIS, Sotirios. Money, empowerment and neglect: the Europeanization of gender equality promotion in Greek and Portuguese employment policies. *Social Policy & Administration*, [s. l.], v. 49, n. 4, p. 530-547, July 2015. DOI: <https://doi.org/10.1111/spol.12146>.

# A Literatura como meio de redescoberta do parâmetro ético no Direito e na cultura

GILMAR SIQUEIRA

TEÓFILO MARCELO DE ARÊA LEÃO JÚNIOR

ROGÉRIO CANGUSSU DANTAS CACHICHI

**Resumo:** O objetivo deste artigo é tratar da literatura como meio de redescoberta do parâmetro ético no Direito e na cultura. A pesquisa insere-se no diálogo interdisciplinar do Direito com a Literatura. Após a introdução, a primeira seção se ocupa da relação entre Direito e cultura e da necessidade de ambos estarem submetidos a um parâmetro ético. A segunda trata de importantes objeções ao denominado projeto humanista da pesquisa em Direito e Literatura, que procura discutir o potencial humanizador da Literatura no Direito. A terceira seção busca responder a essas objeções com base em José Ortega y Gasset e Julián Marías para demonstrar como a Literatura pode ser um meio para a redescoberta do parâmetro ético na cultura e no Direito. A pesquisa foi desenvolvida com a utilização do método de abordagem dialético, levado a cabo pela técnica da revisão bibliográfica.

**Palavras-chave:** filosofia do Direito; Direito e Literatura; cultura; ética.

## Literature as a means of rediscovery of the ethical parameter in law and culture

**Abstract:** The aim of this article is to treat literature as a mean of rediscovering the ethical parameter in law and culture. The research is part of the interdisciplinary dialogue between law and literature. The first section will deal with a relation between law and culture and the need for both to be subject to an ethical parameter. The second section will deal with some important objections to the so-called humanistic project of research in law and literature, which seeks to discuss the humanizing potential of literature in law. The third section will try to answer these objections, from José Ortega y Gasset and Julián Marías, to show how literature can be a mean for the rediscovery of the ethical parameter in

Recebido em 24/9/21

Aprovado em 8/2/22

law and culture. The research was developed using the dialectical method, carried out by the bibliographical review technique.

**Keywords:** philosophy of law; law and literature; culture; ethics.

## 1 Introdução

O Direito é uma ciência normativa, que tem por fim regular o agir humano (MONTORO, 2011). Nessa perspectiva, pode-se considerá-lo parte da Ética. Para orientar eticamente a ação, o Direito precisa de um parâmetro que poderia ser encontrado na cultura. Contudo, qual seria o parâmetro ético da cultura?

A inserção do Direito no campo da Ética – afirmação que não é pacífica – é um importante pressuposto deste artigo, e seu objetivo é indagar se a definição de parâmetros éticos pode valer-se do diálogo interdisciplinar com outras áreas do conhecimento. Com base em revisão bibliográfica e no método dialético levanta-se a hipótese de que a Literatura é um meio de redescoberta desses parâmetros.

Inicialmente serão abordadas as relações entre Direito e cultura, o conceito de cultura e a necessidade de um parâmetro ético para avaliar a cultura (HUIZINGA, 2017), bem como a possibilidade de a Literatura informar ao Direito algo sobre referenciais éticos.

Em seguida serão apresentadas importantes objeções ao denominado projeto humanista da pesquisa em Direito e Literatura. Essas objeções, mencionadas por Oliveira (2019a, 2019b), são de Posner (2009) e Weisberg (1989).

Por fim, busca-se responder a algumas dessas objeções, especialmente as de Posner, tomando como base parte das visões de Ortega y Gasset (2016) e de Mariás (1947, 1955a, 1955b, 1994, 1997) acerca da moral humana (parâmetro ético) e do caráter argumental e dramático da vida humana.

Num momento em que se volta a perguntar pelas premissas do Direito e por seu lugar nas humanidades, o diálogo interdisciplinar pode ser um caminho viável para uma etapa que é anterior à da crítica: o conhecimento da realidade a que se faz referência.

## 2 Direito e cultura: o parâmetro ético

Em seu livro *Introdução à ciência do Direito*, Montoro (2011) trata, logo no primeiro capítulo, do conceito de *direito*. O autor explica que existe uma

pluralidade de significados para a palavra: direito como norma, faculdade, como o que é justo, como ciência e fato social (MONTORO, 2011, p. 58). Após analisar essas cinco realidades, Montoro (2011, p. 66) conclui que direito não é conceito unívoco, mas análogo:

a) a palavra “direito” não designa apenas uma, mas várias realidades distintas; b) em consequência, não é possível formular uma definição única do direito; devem ser formuladas diferentes definições, correspondentes às diversas realidades; c) o estudo feito demonstra que o vocábulo “direito” não é unívoco, nem equívoco, mas análogo<sup>1</sup>.

As cinco realidades mencionadas pelo autor devem ser levadas em consideração pelo pesquisador – e também pelo aplicador – do Direito. No caso da pesquisa, mesmo que escolha um campo específico, o pesquisador não pode ignorar os demais de forma imediata. Sendo o direito um conceito análogo, as diferentes acepções podem enriquecer-se mutuamente. Montoro entende que há aspectos teóricos, técnicos e éticos no Direito, mas argumenta em favor de classificá-lo como uma ciência normativa ética.

A finalidade do Direito não é o simples conhecimento “teórico” da realidade jurídica, embora esse conhecimento seja importante. Não é também a formulação de quaisquer regras “técnicas”, eficazes e úteis, apesar da grande importância da técnica jurídica. A finalidade do Direito é dirigir a conduta humana na vida social. É ordenar a convivência de pessoas humanas. É dar normas ao “agir”, para que cada pessoa tenha o que lhe é devido. É, em suma, dirigir a liberdade, no sentido da justiça (MONTORO, 2011, p. 125).

<sup>1</sup>“Análogo é o termo que se aplica a diversas realidades que apresentam entre si certa semelhança. O termo análogo é, assim, intermediário entre o unívoco e o equívoco. Exemplo: o vocábulo ‘direito’, que designa a lei, a faculdade, a ciência, o justo, o fato social” (MONTORO, 2011, p. 67).

Existe uma diferença entre o fazer e o agir. Pode-se dizer que o fazer está dirigido a uma atividade produtiva: “o ‘fazer’ é transitivo, exige um objeto exterior” (MONTORO, 2011, p. 101). Já o agir é imanente (MONTORO, 2011, p. 102), ainda que tenda a um bem como finalidade. A finalidade dependerá da retidão da conduta (e de sua justificativa). “O objeto material das ciências éticas é, como vimos, a atividade humana. O objeto formal é o bem. Elas têm por objeto ordenar ou dirigir a atividade humana no sentido de bem” (MONTORO, 2011, p. 126).

Concomitantemente com os atos e formas de comportamento dos seres humanos diante das regras de conduta que denominamos morais, existem outros princípios identificados como juízos de valor. São esses juízos que aprovam ou desaprovam moralmente os mesmos atos. Os seres humanos enfrentam determinados problemas em sua vida cotidiana e praticam certas ações para solucioná-los. Porém, esses atos praticados refletem-se em sua mente, isto é, intrinsecamente o ser humano é levado a analisar sua conduta, ocorrendo uma reflexão de seu pensamento. Da prática moral – faculdade de agir –, o ser humano parte para a prática moral reflexiva – faculdade de pensar, racionalizar. É quando ocorre este confronto entre a faculdade de agir e a faculdade de pensar ou refletir que o ser humano se depara com os problemas da Ética (POZZOLI, 2001, p. 82).

A Ética procura refletir sobre o agir humano, sobre a liberdade que lhe é intrínseca e o peso das consequências do agir livremente. Na medida em que regula o agir humano, o Direito, assim como a cultura, está sujeito à Ética. “Cultura, como em ‘agricultura’, é o cultivo do solo onde os homens crescem”<sup>2</sup> (SENIOR, 2008, p. 20, tradução nossa). Tomado como fato social, o Direito é um produto da cultura humana e concomitantemente contribui

<sup>2</sup>No original: “Culture, as in ‘agriculture’, is the cultivation of the soil from which men grow”.

para sua formação. Mesmo quando tomado como fato social, o componente ético não pode ser afastado do Direito: ele é parte do solo onde os homens crescem, de que falou Senior; é parte da cultura humana. “[U]ma ‘cultura’ é concebida como a criação da sociedade por inteiro e, sob outro aspecto, é aquilo que faz da sociedade o que ela é. Não é a criação de uma única parte dessa sociedade”<sup>3</sup> (ELIOT, 1976, p. 110, tradução nossa).

A cultura caracteriza determinada sociedade e manifesta-se no modo como as pessoas que a compõem compreendem, aceitam e respondem à realidade. Por isso é inegável a relação entre cultura e Direito, e o entendimento deste último como manifestação da cultura humana. Para Huizinga (2017, p. 21),

[c]ultura requer, antes de tudo, certo equilíbrio entre valores espirituais e materiais. Tal equilíbrio permite o florescimento de uma configuração social que seja tida pelos homens como algo superior à mera satisfação de necessidades básicas ou da pura e simples vontade de poder.

A cultura encarna elementos do agir humano e está sujeita à ética. Progressos técnicos e econômicos não significam, necessariamente, que tenha ocorrido progresso cultural numa sociedade.

Cabe aqui pôr em relevo que a distinção entre alta e baixa cultura deve ser auferida fundamentalmente não pelo termômetro intelectual, nem pelo estético, senão pelo ético e espiritual. Poder-se-ia eventualmente falar em alta cultura inclusive na ausência de uma tecnologia ou arte escultórica avançadas,

porém jamais na ausência de misericórdia (HUIZINGA, 2017, p. 22).

Huizinga publicou em 1935 o livro do qual foi extraída essa citação. Vira a Primeira Guerra Mundial, mas não a Segunda. A barbárie que começaria poucos anos depois (com atropelos jurídicos conhecidos) era um reflexo do abandono desse parâmetro pedido por Huizinga: o ético. Anos depois, na década de 1970, Steiner (1971, p. 30) afirmou que era preciso responder a pelo menos duas perguntas essenciais: por que as tradições humanísticas e as formas de conduta formaram uma barreira tão frágil contra a bestialidade? Será que formaram mesmo uma barreira, ou antes expressaram solitudes do mando autoritário e cruel?

Eu não consigo perceber como qualquer argumento acerca da definição de cultura, ou da viabilidade de conceitos de valores morais, possa evitar essas questões. Uma teoria da cultura, uma análise da nossa circunstância presente, que não tenha como ponto principal uma consideração dos modos de terror que trouxeram a morte, pela guerra, fome e massacres deliberados, de cerca de setenta milhões de seres humanos na Europa e na Rússia, entre o começo da primeira guerra mundial e o fim da segunda, parecer-me-ia irresponsável<sup>4</sup> (STEINER, 1971, p. 30, tradução nossa).

O Direito também precisou tentar responder a essas perguntas. Contudo, numa cultura fragmentada, uma única resposta é cada vez mais difícil. Huizinga (2017, p. 22) explica que a cultura encerra uma aspiração, que é um rumo. Esse rumo

<sup>4</sup>No original: “I fail to see how any argument on the definition of culture, on the viability of the concept of moral values, can avoid these questions. A theory of culture, an analysis of our present circumstance, which do not have at their pivot a consideration of the modes of terror that brought on the death, through war, starvation, and deliberate massacre, of some seventy million human beings in Europe and Russia, between the start of the first World War and the end of the second, seem to me irresponsible”.

somente pode ter um sentido positivo quando a comunidade – apesar das divergências – procura servir ao invés de demandar que suas necessidades e até caprichos sejam sempre satisfeitos independentemente das circunstâncias.

Quanto mais, em uma cultura, os sentimentos específicos do dever estiverem ordenados e reunidos sob o princípio de uma dependência humana frente a um poder superior, tanto mais clara e fértil será a percepção de uma ideia indispensável a toda verdadeira cultura: o serviço. Desde o servir a Deus até o servir àquela pessoa que, por uma simples contingência social, ocupa uma posição acima da nossa. O desarraigamento da ideia de serviço no espírito popular foi o mais devastador efeito do racionalismo superficial do século XVIII (HUIZINGA, 2017, p. 25).

Ao mesmo tempo, a cultura consiste no domínio do ser humano (em comunidade) sobre a natureza nos âmbitos material, moral e espiritual (HUIZINGA, 2017, p. 25); numa aspiração comum das pessoas; e, por fim, num serviço. Esses são elementos de uma mesma ideia. Quando se fala, portanto, em homogeneidade de cultura ou em aspiração comum, não se deve imaginar algo imposto por um grupo ou classe, mas numa disposição comum para o serviço, para o sacrifício. Eis o parâmetro ético pedido por Huizinga. Por outro lado, ao dispensar o parâmetro ético e abusar das inovações técnicas, “[o] novo barbarismo adotou os instrumentos da revolução industrial. Ele traduziu em termos humanos os aspectos fundamentais da tecnologia dos materiais. Mas suas fontes devem ser buscadas num nível mais profundo”<sup>5</sup> (STEINER, 1971, p. 50, tradução nossa). O nível mais profundo é a concepção da vida e da pessoa humana, e a resposta ante

o mistério da realidade: uma resposta que pode variar entre a satisfação e o serviço.

Tanto a ideia da cultura como serviço quanto o parâmetro ético poderiam ser ilustrados por uma frase do Padre Zósima, personagem de Dostoiévski (1970, p. 171): “cada um de nós é certamente culpado aqui na Terra de tudo para com todos, não somente pela falta coletiva da humanidade, mas de cada um individualmente, por todos os outros na Terra inteira”. A responsabilidade mútua reabre o parâmetro ético para a cultura e também para o Direito: “Para fundamentar a missão renovadora e dinâmica do direito é preciso rever certos conceitos de base e afirmar, na sua plenitude, o valor fundamental, que dá ao direito seu sentido e dignidade: a justiça” (MONTORO, 2011, p. 49).

O parâmetro ético não precisa ser recriado de modo demiúrgico pelas pessoas. Precisa, antes, ser redescoberto tanto na cultura em geral como no Direito. Quais as possíveis fontes para essa redescoberta? Além da história do Direito e suas vicissitudes, a Literatura pode contribuir.

A literatura é o boi da cultura, seu animal de carga. Sem ela não temos meios de transmitir a cultura. Hoje em dia todos sofremos vergonhosamente de uma estreita superficialidade, que nos faz presas da primeira fraude fora dos contornos de nossa especialidade, e que com frases estranhas e uma imensidão de imagens exóticas dispersas, apresenta-se como o novo dilúvio – eis a ruína da cultura real e o triunfo da ignorância, o novo barbarismo se apresentando sob a égide do confiante homem enciclopédico, que engana muita gente a maior parte do tempo e, não raro, cercado por aduladores tolos, engana-se a si mesmo, acrescentando assim uma sinceridade espantosa à queda geral<sup>6</sup> (SENIOR, 2008, p. 79, tradução nossa).

<sup>5</sup>No original: “The new barbarism has adopted the instrumentalities of the industrial revolution. It has translated into human terms key aspects of the technology of materials. But its sources must be looked for at a deeper level”.

<sup>6</sup>No original: “Literature is the ox of culture, its beast of burden. Without it we have no means of bearing culture. Nowadays we all suffer shamefully from a narrow shallowness that leaves us prey to the first fraud outside the margins of

Para que essa carga – a cultura – seja conhecida, não se pode deixar escapar o animal que a carrega. Antes de ser reformulada (caso uma reformulação seja necessária), uma cultura precisa ser conhecida. Se o parâmetro ético é essencial para a avaliação da alta cultura, ele deve ser analisado em cada uma das manifestações dessa cultura ao longo do tempo. Tais manifestações são encontradas na literatura. O pesquisador do Direito que almeje a redescoberta do parâmetro ético poderia olhar para a literatura. Essa sugestão não é de modo alguma nova e, na verdade, conta com importantes objeções. Algumas delas serão vistas na próxima seção deste artigo.

### 3 Direito e Literatura: objeções ao projeto humanista

O diálogo entre o Direito e a Literatura não é novidade. Tanto no Brasil quanto nos EUA existem pesquisas e trabalhos publicados sobre o tema. Nos EUA, mais especificamente, o marco da institucionalização da pesquisa se deu no ano de 1973, quando James Boyd White publicou seu livro *The Legal Imagination*. Sem embargo, havia já escritos esparsos sobre esse diálogo desde o século XIX (OLIVEIRA, 2019b, p. 97).

Essa pesquisa interdisciplinar tem algumas vertentes que também dialogam entre si. Aqui se verá, conforme Oliveira (2019a, p. 397-398) e Peters (2005, p. 444), que tais vertentes podem ser divididas em três projetos: o humanista, o

hermenêutico e o narrativista.<sup>7</sup> Cada um desses projetos mereceria atenção especial, mas, tanto pelos objetivos deste artigo quanto por seu referencial teórico, esta seção se ocupará especificamente do projeto humanista e de algumas importantes críticas feitas a ele. Para isso é importante, primeiro, considerar em que consiste tal projeto. Para Peters (2005, p. 444, tradução nossa),

[n]o centro dessa visão humanista estava a noção de que a Literatura poderia de algum modo trazer a realidade ao Direito. Assim como no começo do século o realismo legal tentou, com a ajuda das ciências sociais, trazer a realidade social para o Direito como um antídoto para a tecnicidade estéril<sup>8</sup>.

Num primeiro momento pode-se perceber que trazer a Literatura para as discussões jurídicas auxiliaria a ampliar a percepção humana do Direito, reduzir sua abstração e trazê-lo para a realidade concreta das pessoas. A Literatura humanizaria o Direito.

Em sua tese de doutorado sobre a pesquisa em Direito e Literatura tanto no Brasil quanto nos EUA, Oliveira (2019b) aponta que o projeto humanista foi introduzido também nas pesquisas brasileiras. Tais pesquisas partiram da consideração de que a Literatura pode humanizar o Direito, ideia que é “uma premissa recorrente em diversos trabalhos: das 126 pesquisas [do]

<sup>7</sup> “[E]ssa perspectiva não deve ser confundida com a Teoria Narrativista do Direito, de José Calvo González. Em Calvo González (1996) há uma discussão oriunda do próprio projeto hermenêutico, relativo à linguagem e à interpretação, o projeto narrativista norte-americano é influenciado pela teoria feminista e pela teoria crítica de raça que passam a integrar o corpo teórico da teoria literária” (OLIVEIRA, 2019a, p. 398). A teoria narrativista tampouco pode ser confundida com a perspectiva filosófica da vida humana como narrativa.

<sup>8</sup> No original: “At the center of this humanist vision was the notion that literature could somehow bring the real to law. If earlier in the century legal realism had attempted, with the help of the social sciences, to bring social reality to law as an antidote to the sterile technicality”.

acervo, 123 se pautam nessa ideia, ainda que partam de objetivos diversos” (OLIVEIRA, 2019b, p. 178). A tese da autora não procura atacar ou defender as premissas do projeto humanista, mas antes aponta para a ausência de consideração – na pesquisa brasileira – de importantes críticas lançadas ao projeto.

Dessa forma, importante destacar que o que se questiona, aqui, não é a veracidade ou a falsidade da assertiva segundo a qual a Literatura pode humanizar o Direito. A pergunta que se impõe é outra: por que as críticas, em especial de Posner e Weisberg, não são debatidas nas pesquisas brasileiras componentes do acervo? (OLIVEIRA, 2019b, p. 182).

Conforme se verá no decorrer desta seção, as críticas de Weisberg e Posner não são unicamente pontuais, mas incidem justamente sobre o potencial humanizador (e, em certos casos, moralizante) da Literatura. Os autores lançam perguntas e críticas que atingem a raiz do projeto humanista. A consideração de tais críticas, portanto, é de suma importância para o diálogo interdisciplinar do Direito com a Literatura. A mera aceitação da premissa de que a Literatura pode humanizar o Direito, sem atenção às possíveis objeções, corre o risco de tolher a autonomia das duas áreas e provocar confusão nesse diálogo interdisciplinar.

A isso soma-se uma outra questão, apresentada por Weisberg (1989) para criticar a produção acadêmica norte-americana: a visão sentimental da Literatura, expressão cunhada pelo referido autor. Nesse sentido, o jurista encontra-se tão desacreditado com o Direito que vislumbra a Literatura como uma válvula de escape, capaz de resolver os problemas da seara jurídica. Justamente por não discutirem as críticas de Posner (2009) e do próprio Weisberg (1989), os autores brasileiros do recorte analisado não questionam as premissas básicas do projeto humanista, partindo do pressuposto de que vislumbrar o direito na literatura ou o direito como literatura são possibilidades autoevidentes.

Dentro dessa perspectiva que fundamenta o referido projeto nos Estados Unidos, a literatura humaniza o direito, sendo associada a um viés positivo, enquanto o direito é vinculado à técnica, um viés negativo. Convenciona-se no espaço jurídico de direito e literatura, portanto, a ideia de que literatura pode tornar o direito melhor (mais humano), sendo tal premissa aceita como válida e, por isso, não criticada (OLIVEIRA, 2019b, p. 193).

Se questionado antes de ser tomado como premissa em sua relação com o Direito, o potencial humanizador da Literatura levaria, por exemplo, à questão de se a Literatura é mesmo capaz de mudar a forma como a pessoa (nesse caso, a pessoa ligada ao Direito) vê a realidade e as demais pessoas, ou ao menos incrementar sua sensibilidade para as

nuances da vida humana. Mesmo essa possibilidade, quando examinada de perto, sofre algumas críticas.

Tal “uso” da Literatura em relação ao Direito muitas vezes toma uma forma sentimental. Profissionais do Direito são instados a serem menos abstratos e mais humanos, e para tanto a leitura da grande literatura os faria mais sensíveis às debilidades humanas, em particular (mas não lógica ou necessariamente) por meio da literatura que de fato tem o Direito como conteúdo. Contudo, muitos dos pesquisadores em Direito e Literatura vão além. Eles reconhecem que a conexão deve ser diferente da explanatória direito-ciência social, que eles devem ser conceptualmente e formalmente mais autoconscientes ao definirem a conexão. A afirmação geral é essencialmente a de que o Direito e a Literatura são dois fenômenos culturais paralelos; ambos são tentativas de dar forma à realidade pela linguagem, e ambos estão preocupados com questões de ambiguidade, interpretação, abstração, e julgamento humanístico. As atividades são ambas performáticas e requerem engajamento em alguma combinação de descrição da realidade e julgamento ético<sup>9</sup> (WEISBERG, 1989, p. 5-6, tradução nossa).

Segundo essa crítica de Weisberg, existe uma diferença quando o pesquisador do Direito recorre às demais ciências sociais para auxiliá-lo na compreensão dos fenômenos jurídicos e quando recorre à Literatura. A ideia de que a leitura de romances que eventualmente possam ter alguma conexão com o Direito beneficie (e amplie) a sensibilidade do pesquisador corre o risco de cair numa perspectiva sentimental. A crítica de Weisberg (1989 apud OLIVEIRA, 2019a, p. 409) indica que “o uso da literatura para explicar o fenômeno jurídico tem sido feito de maneira informal, no intuito de mostrar a vida humana de forma dramática – o que é bastante criticável”. Oliveira (2019a) não diz exatamente que a forma dramática seja algo criticável, mas em sua glosa a Weisberg comenta que essa visão pode ser aplicada de modo informal à pesquisa. Não é difícil de imaginar que a informalidade seja uma consequência da falta de crítica à premissa mesma do projeto humanista. Em sua crítica, Weisberg (1989) argumenta ainda que a Literatura não é necessariamente o único meio de colocar o jurista ou

---

<sup>9</sup>No original: “This ‘use’ of literature in relation to law often takes a somewhat sentimental form. Lawyers are urged to be less abstract and more humane, and to become so by reading great literature that will make them more sensitive to human foibles, particularly (though not logically necessarily) through literature that actually has law as content. But of course, most of the academic practitioners of law-and-literature go further. They recognize that the connection must be something different from the explanatory law-social science connection, that they must be more conceptually and formally self-conscious in defining the connection. The general claim is essentially that law and literature are two parallel cultural phenomena; they are both attempts to shape reality through language, and are both concerned with matters of ambiguity, interpretation, abstraction, and humanistic judgment. They are also both performative activities which require us to engage in some combination of description of reality and ethical judgment”.

pesquisador do Direito em contato mais próximo com a realidade do sofrimento humano.

É obviamente desejável que o Direito seja informado pela voz do concreto, do particular, do empático, do arrebatado. Todavia, para defender esse ponto sobre o discurso legal não seria necessário recorrer às grandes obras das Humanidades. Por certo, essa parte da pesquisa do direito-em-literatura constitui um tipo de leitura corretiva. Profissionais ou estudantes de Direito estão ou deveriam estar perfeitamente conscientes, até mesmo com base na análise convencional de casos, de que a dor humana ultrapassa a abstração doutrinal, de que as regras gerais do Direito vivem em tensão e são muitas vezes modificadas pelas histórias particulares das partes em relação ao caso<sup>10</sup> (WEISBERG, 1989, p. 17-18, tradução nossa).

Parece estranho que o jurista ou pesquisador do Direito tenha que recorrer à Literatura para ter contato com as especificidades da vida humana quando elas se apresentam diariamente ante os seus olhos de um modo direto e a exigir sua atenção. A necessidade de um intermediário entre a realidade do caso concreto e a percepção do jurista ou pesquisador do Direito vem reforçar o risco da visão sentimental da Literatura no Direito. Mais ainda: aponta talvez para uma necessidade de subordinação do Direito à Literatura denunciada por Weisberg (1989, p. 14, tradução nossa) em sua crítica a T. S. Eliot:

O sonho maravilhosamente perverso de Eliot de um mundo em que o Direito e a Literatura estão unidos, em que o julgamento de precedentes assombra toda ação presente. Então, a estrutura social primordial de Eliot é um contrato moral perpétuo e, no mundo ideal, a Literatura incorpora o contrato. Eliot não quer crença ou mito. Ele não quer uma sociedade onde o direito e as letras tenham um relacionamento rico e interessante. Eliot odeia a ideia romântica moderna de que a poesia não fornece ao leitor um conjunto de regras, mas apenas um guia de medição do significado. Pelo contrário, ele quer lei, e um mundo onde a letra é a lei. A arte é uma visão de um mundo legislado. Ironicamente, Eliot respeita os desvalorizadores da arte, como Trotsky, e teme os adoradores, como Arnold<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup>No original: "It is obviously desirable that law should be informed by the voice of the concrete, the particular, the empathetic, the passionate. But to make this point about legal discourse hardly should require recurrence to the great works of the Humanities. In effect, this part of the law-in-literature scholarship constitutes a kind of remedial reading. Lawyers or law students are or should be perfectly aware even from conventional case analysis that human pain underlies doctrinal abstraction, that the general rules of common law doctrine live in tension with and are often undone by the particular stories of the parties to the case?"

<sup>11</sup>No original: "Eliot's is a wonderfully perverse dream of a world in which law and literature are united, in which judgment of precedent haunts all present action. So Eliot's primal social structure is a perpetual moral contract, and in the ideal world literature embodies the contract. Eliot does not want belief or myth. He does not want a society where law and letters enjoy a rich and interesting relationship. Eliot hates the modern-romantic

Weisberg (1989, p. 13) entende que a concepção de um artista legislador (haurida da sua visão da obra de Eliot) representa a impossibilidade de crítica ou discussão de leis e ideias. Seu receio parece ser o de uma visão moralista em que a arte ensine o que se deve fazer na sociedade e que esse ensinamento precise ser seguido pelo Direito, sem qualquer abertura para o debate. O que ele entende como um mundo legislado seria um mundo fechado dentro de uma única visão – um mundo onde o Direito e a cultura em geral formariam um todo compacto.

Conquanto a princípio pareçam contraditórias, tanto a visão moralista quanto a sentimental criticadas por Weisberg em seu artigo são na verdade complementares.

O sentimentalismo é uma falha de sentimento mais perniciosa do que o uso de uma linguagem abstrata privada de conteúdos emotivos ou descritivos, precisamente porque dissimula sua própria abstração em aparência de emoção humana e especificidade descritiva. Por certo, uma coisa que resulta da imersão no particular é a inútil sensação de que atos são tão determinados, tão cheios de uma complexidade causada por malhas de circunstância específica, que não podemos de modo claro assinalar ou atribuir a alguma coisa uma causa ou que finalmente nós deixamos de acreditar na vontade<sup>12</sup> (WEISBERG, 1989, p. 40, tradução nossa).

A visão segundo a qual a empatia pode ser aumentada em detrimento da abstração e da impessoalidade do Direito – visão sentimental – corre o risco de chegar a defender quais obras (literárias, considerando o atual tema, mas não seria exagerado dizer que isso valeria para a arte em geral) são mais ou menos propensas a suscitar a empatia humana de acordo com perspectivas de cunho moralista ou ideológico. O risco também é levado em consideração por Posner (2009, p. 467, tradução nossa):

Politizar a literatura também abre uma fenda no muro que separa a cultura do Estado – o que é propriamente privado do que é propriamente público. Atribuir à literatura a tarefa de promover valores políticos e morais é associá-la às funções públicas, como a inculcação de virtudes cívicas, tal como propôs Platão na República. Isso torna a literatura uma

---

idea that poetry does not give the reader a chart of rules, but merely a measuring guide for significance. Rather he wants law, and a world where the letter is the law. Art is a vision of a legislated world. Ironically, Eliot respects the devaluers of art, like Trotsky, and fears the worshipers, like Arnold”.

<sup>12</sup>No original: “Sentimentality is a more pernicious failure of feeling than the use of abstract language utterly lacking in emotive or descriptive content, precisely because it disguises its own abstraction in apparently humane emotion and descriptive specificity. Indeed, one thing that results from immersion in the particulars is a helpless sense that acts are so overdetermined, so [complexity] caused by nets of local circumstance, that we cannot in any salient way assign or attribute something to a cause, or that ultimately we cease to believe in volition”.

candidata à regulação pública e reforça a reivindicação dos radicais de que tudo é política<sup>13</sup>.

Embora Posner não use o termo *sentimental*, sua crítica guarda semelhanças com a de Weisberg. Isso é importante porque ambos questionam a premissa humanizadora da Literatura no Direito e algumas de suas possíveis consequências. Posner (2009, p. 458) argumenta que há duas visões possíveis do diálogo: uma estética, segundo a qual a obra tem um valor em si mesma e, conquanto possa contribuir para a visão de mundo do leitor, esse não é necessariamente seu objetivo; e ainda a visão chamada por Posner (2009, p. 459) de *edificante*:

Alguns críticos éticos querem que a obra literária tenha uma moral rigorosa, como nas fábulas de Esopo, ao passo que outros pensam que o valor moral da literatura está numa influência mais difusa no pensamento e na ação. Booth e Nussbaum associam a leitura de literatura imaginativa à amizade e argumentam que a amizade pode ter efeitos sobre o caráter e o modo de ver. Mas eles não param nesse argumento. Eles pretendem extrair uma lição moral de cada obra. Eles querem que o leitor seja amigo de livros *edificantes*<sup>14</sup> (POSNER, 2009, p. 460, grifo do autor, tradução nossa).

Para essa visão edificante, uma melhora moral adviria da leitura das grandes obras literárias. Todavia, Posner (2009, p. 463, tradução nossa) aponta que essa ideia deixa de lado uma evidência importante segundo a qual “[o] mundo da literatura é uma anarquia moral; se a imersão nela ensina qualquer coisa em linha moral é o relativismo”.<sup>15</sup> Nesse sentido, os supostos valores morais trazidos pela literatura seriam bastante variáveis (anárquicos, até) quando considerados os enredos e as personagens das obras literárias. Mais ainda: Posner comenta que não se pode necessariamente falar de uma melhora na vida moral como consequência do contato com a literatura (nem mesmo com os clássicos). E oferece exemplos:

A escola edificante tem muito que explicar, tal como o comportamento da Alemanha no século XX, uma nação de alto nível cultural, ilustrada

---

<sup>13</sup>No original: “To politicize literature also breaches the wall that separates culture from the state – what is properly private from what is properly public. To assign literature the task of promoting political and moral values is to associate it with public functions, such as the inculcation of civic virtue, as Plato proposed in the *Republic*. It makes literature an inviting candidate for public regulation and bolster the radicals’ claim that everything is politics”.

<sup>14</sup>No original: “Some ethical critics want a work of literature to have a tidy moral, as in Aesop’s fables, while others think the moral value of literature lies in a more diffuse influence on thinking and action. Booth and Nussbaum liken the reading of imaginative literature to friendship and claim that a friendship can have an effect on one’s character and outlook. But they do not want to stop with that claim. They want to extract a moral lesson from each work. They want the reader to be friends with *edifying* books”.

<sup>15</sup>No original: “The world of literature is a moral anarchy; if immersion in it teaches anything in the moral line it is moral relativism”.

não somente por sua distinção na literatura, nos clássicos, na música, na filosofia e na história, mas especialmente pela ênfase que o *Gymnasium* deu às literaturas grega, latina e alemã. A cultura não colocou a Alemanha contra Kaiser ou Führer. Thomas Mann apoiou abertamente a Alemanha Imperial durante a Primeira Guerra Mundial, e os juizes alemães que serviram Hitler foram educados no *Gymnasium* e, portanto, versados em Goethe, Schiller e Kant. Os professores foram notados por sua ausência nas células de resistência a Hitler que se formaram na Alemanha durante seu governo<sup>16</sup> (POSNER, 2009, p. 461, tradução nossa).

A crítica é bastante generalizada e deixa de lado o fato de que o próprio Thomas Mann, por exemplo, foi um opositor ao regime nazista e que, ainda antes da chegada dos nacional-socialistas ao poder, expressou inquietudes acerca de como um país avançado culturalmente (pelo menos com uma elite cultural) corria o risco de chegar à barbárie. Isso se pode ver em seu romance *Doutor Fausto* (MANN, 1994). Todavia, quanto à relação entre o Direito e a Literatura, a generalização da crítica não a torna menos válida e importante.

Posner não diminui a importância da Literatura (a leitura de seu livro mostra que ele tem bastante conhecimento das obras literárias), mas sim que não se pode exigir dela algo que transcende sua constituição mesma. Se a Literatura é uma construção estética, deve ser julgada por parâmetros estéticos. Seu objetivo não é moral.

O prestígio de uma obra literária geralmente é pouco prejudicado quando se descobre que ela defende ou tolera uma moralidade que leitores posteriores acham monstruosa, embora os radicais tenham tentado mudar isso, conforme vislumbrado em capítulos anteriores. Como somente o leitor mais disciplinado pode permitir-se ignorar as dimensões morais do que lê, a grande literatura deve de algum modo aquietar o leitor ao suspender seu juízo moral. Ela pode fazer isso porque o conteúdo moral de uma obra literária, tal como o conteúdo legal da maioria das obras de Direito discutidas na Parte I deste livro, é meramente o material bruto do escritor – algo em que ele trabalha para dar uma forma na qual a moralidade é tão relevante quanto o é a argila do escultor como material para a construção do valor artístico da escultura completa<sup>17</sup> (POSNER, 2009, p. 464-465, tradução nossa).

---

<sup>16</sup>No original: “The edifying school has a lot to explain, such as the twentieth-century behavior of Germany, a highly cultured nation, as illustrated not only by its distinction in literature, classics, music, philosophy, and history but the emphasis that German academic high school, the *Gymnasium*, placed on Greek, Latin and German literature. Culture did not inoculate Germany against Kaiser or Führer. Thomas Mann was an outspoken supporter of Imperial Germany during the World War I, and the German Judges who served Hitler were *Gymnasium*-educated and therefore steeped in Goethe, Schiller, and Kant. Professors were notable by their absence from the cells of resistance to Hitler that developed within Germany during his rule”.

<sup>17</sup>No original: “The prestige of a work of literature generally is little damaged by the discovery that it advocates or condones a morality that later readers find monstrous, though radicals have tried to change this, as we glimpsed in earlier chapters. As only

Posner avança em sua crítica contra a chamada *escola edificante* e pela citação acima transcrita pode-se perceber que o debate acaba por entrar num tema que a princípio ultrapassa o próprio Direito: a natureza de uma obra literária. Essa é uma discussão própria da Literatura e da crítica literária que acabou por tornar-se objeto de debate sobre a possibilidade do diálogo entre Direito e Literatura entre os pesquisadores do Direito. Ainda que não seja objetivo desta pesquisa abordar o tema (pelo menos não diretamente), é interessante apontar que os problemas que aparentemente seriam exclusivos de uma área acabam por reverberar em outra que com ela tem contato. Ao indagar se as escolhas ou condutas do artista têm ou não alguma influência sobre a criação artística (literária), Posner (2009, p. 465, tradução nossa) enfatiza que “[o] conteúdo moral é irrelevante mesmo quando se conforma às nossas opiniões morais vigentes. Esta é mais uma implicação do teste do tempo”.<sup>18</sup>

Sem embargo, como se pode perceber pelo teor das críticas de Posner, ele não ataca a Literatura em si. Seu objetivo é alertar para o risco de interpretações moralistas das obras literárias quando seu conteúdo é discutido no Direito. O autor até elenca uma série de razões pelas quais a Literatura pode ser importante na vida humana.

Se nós não lemos literatura para formar opiniões melhores ou mais verdadeiras sobre religião ou política, economia ou moralidade, então por que nós lemos afinal de contas? Eu devo sugerir várias respostas: adquirir experiência imaginativa; obter modelos para interpretar nossas experiências atuais (mas não lições práticas para a vida); melhorar nossas habilidades de escrita e leitura; expandir nosso horizonte emocional; obter autoconhecimento; ter prazer; experimentar um efeito de reminiscência; passar por terapia; e aproveitar a arte por si mesma. Nenhum desses benefícios poderá melhorar a moral do leitor<sup>19</sup> (POSNER, 2009, p. 481-482, tradução nossa).

---

the most disciplined reader can will himself to ignore the moral dimensions of what he reads, great literature must somehow lull the reader into suspending moral judgment. It can to this because the moral content of a work of literature, like the legal content of most of the legal literary works discussed in the Part I of this book, is merely the writer's raw material – something he works up into a form to which morality is no more relevant than the value of the sculptor's clay as a building material is relevant to the artistic value of the completed sculpture”.

<sup>18</sup>No original: “Moral content is irrelevant even when it conforms to our current moral opinions. That is one more implication of the test of time”.

<sup>19</sup>No original: “If we do not read literature in order to form better or truer opinions on matters of religion or politics, economics or morality, then why do we read it at all? I shall suggest several answers: acquiring surrogate experience; obtaining templates for interpreting one's actual experiences (but not practical lessons for living); sharpening one's writing and reading skills; expanding one's emotional horizons; obtaining self-knowledge; gaining pleasure; experiencing an echo-chamber effect; undergoing therapy; and enjoying art for art's sake. None of these benefits is likely to improve the reader's morals”.

Aquilo que seria um conteúdo moral dúbio ou relativo presente nas obras literárias não beneficiaria o leitor de modo algum pelas razões apresentadas antes por Posner, especialmente aquela já citada segundo a qual a *moral* não influenciaria diretamente na criação – nem no julgamento – da obra em si. Os benefícios da leitura são variados, conquanto para ele não possam ser necessariamente práticos. Posner argumenta que a Literatura não pode ensinar a viver.

Há tanta literatura sobre fracassos que se poderia pensar ser ela um repositório de lições sobre como evitar problemas e ser feliz, mesmo não sendo rica em conselhos práticos. Para essa visão, como para a moralista, a literatura pode nos mudar, ainda que no sentido de nos ajudar a ter mais sucesso no jogo da vida e não no de sermos moralmente melhores. Se a ética é definida bem amplamente a ponto de albergar todas as respostas possíveis para a questão “Como eu devo viver?”, incluindo mesmo respostas fundadas no egoísmo, a literatura amoral pode ser ética. Mas eu resisto à ideia de que a literatura pode nos dizer como viver, ao contrário de como vivem os personagens numa obra literária. A literatura não dá conselhos. Os personagens e situações na literatura que mais nos interessam são aqueles que capturam aspectos de nós mesmos e de nossa situação. Se você não acredita que o amor é a coisa mais importante no mundo, você provavelmente não será persuadido disso lendo Donne, Stendhal ou Galsworthy. Mas lê-los pode fazer você perceber que isso é o que você pensa, então pode servir para aclarar você a si mesmo. A literatura nos ajuda a tornar-nos o que somos<sup>20</sup> (POSNER, 2009, p. 487, tradução nossa).

<sup>20</sup>No original: “So much literature is about screw-ups that it might be thought a repository of lessons on how to keep out of trouble and be happy, even if it is not rich in practical advice. On this view, as on the moralistic, literature can change us, though in the sense of helping us to be more successful at the game of life rather than morally better. If ethics is defined broadly enough, to encompass all possible answers to the question ‘How should I live?’ including

Então a literatura não poderia dar conselhos práticos e diretamente relacionados aos problemas vivenciados pelo leitor, mas ainda assim seria capaz de aprofundá-lo ao menos na visão que tem da própria vida em alguma medida. Ver melhor não significa agir melhor, embora possa ser o princípio necessário para a ação.

A posse de conhecimento não condiciona o seu uso para fins morais. Não só como leitores podemos identificar-nos com os egomaniacos, os canalhas, os sedutores, os conquistadores, os psicopatas, os vigaristas e os imorais que povoam a ficção; nós podemos incrementar nossas habilidades de manipular pessoas para fins egoístas ao adquirir maior entendimento sobre os inocentes e vulneráveis, os bons, os generosos tipos humanos que encontramos em obras de ficção<sup>21</sup> (POSNER, 2009, p. 488, tradução nossa).

A crítica de Posner parece indicar que não há uma melhora direta, ou pelo menos não há uma ligação direta, entre o progresso na conduta da pessoa e seu contato mais ou menos próximo com a literatura. Por melhor que seja uma leitura, por mais fundo que o leitor chegue ao caráter das personagens, daí não

answers grounded in egoism, amoral literature may be ethical. But I resist the idea that literature can tell us how to live, as distinct from telling us how the characters in a literary work live. Literature is not in the advice business. The characters and situations in literature that most interest us are ones that capture aspects of ourselves and our situation. If you don’t already believe that love is the most important thing in the world, you’re unlikely to be persuaded that it is by reading Donne, Stendhal, or Galsworthy. But reading them may make you realize that this is what you think, and so may serve to clarify yourself to yourself. Literature helps us to become what we are”.

<sup>21</sup>No original: “The possession of knowledge does not dictate its use for moral ends. Not only may we identify as readers with the egomaniacs, scamps, seducers, conquerors, psychopaths, tricksters, and immoralists who people fiction; we may improve our skills in manipulating people to selfish ends by acquiring a better understanding of the naive and vulnerable, the good, the generous human types we encounter in works of fiction”.

brotará necessariamente uma conduta melhor. Essa crítica de Posner será examinada na próxima seção deste artigo.

#### 4 Justificativa e parâmetro ético na Literatura

Se a moral for entendida como um mero conjunto de regras fixas, Posner tem toda a razão ao dizer que o conteúdo moral encontrado nas obras de arte – desde Homero – pode parecer anárquico aos olhos do leitor contemporâneo. Contudo, se a moral não for entendida somente em sentido estrito, e sim amplo, como ética, então a discussão pode tomar outro rumo. Vale citar um conceito de Marías (1947, p. 369, tradução nossa): “A vida humana só acontece ou se realiza como justificativa”.<sup>22</sup> O autor espanhol entende a justificativa como intrínseca à estrutura da vida humana, e essa justificativa consiste em contar para si mesmo os próprios atos e dar-lhes uma razão. Assim, Posner é sagaz ao dizer que uma leitura *moralista* até mesmo dos clássicos causaria uma série de problemas, mas, se a *moral* for entendida como *justificativa*, o leitor deverá buscar na própria obra as razões para uma personagem ter agido dessa ou daquela forma. A justificativa começa pela consideração imaginativa das possibilidades.

Esta é, por conseguinte, a função primária do pensamento: referir as possibilidades existentes em meu horizonte à totalidade de uma situação definida por uma pretensão e uma circunstância, dinamicamente articuladas, de sorte que em cada caso uma das possibilidades resulte *preferível* dentro de seu contexto e, portanto, justificada com vistas ao projeto vital. O pensamento tem, pois, uma função justificativa; uma vez mais encontramos que o sentido radical do saber, prévio a todas as suas possíveis diferenças, é o de *saber a quê ater-se*, e o pensamento é necessário pela situação em que se encontra o homem e por sua pretensão de viver determinada forma de vida, que é a humana<sup>23</sup> (MARÍAS, 1947, p. 370, grifos do autor, tradução nossa).

Em linguagem corrente, o que se costuma entender por justificativa tem um sentido negativo, isto é, a pessoa se justifica ou tenta encontrar

---

<sup>22</sup>No original: “La vida humana sólo acontece o se realiza como justificación”.

<sup>23</sup>No original: “Esta es, por consiguiente, la función primaria del pensamiento: referir las posibilidades existentes en mi horizonte a la totalidad de una situación definida por una pretensión y una circunstancia, dinámicamente articuladas, de suerte que en cada caso una de las posibilidades resulte *preferible* dentro de su contexto, y por tanto justificada con vistas al proyecto vital. El pensamiento tiene, pues, una función justificativa; una vez más encontramos que el sentido radical del saber, previo a todas sus posibles diferencias, es el de *saber a qué atenerse*, y el pensamiento está exigido por el modo de hallarse el hombre en una situación y por su pretensión de vivir una determinada forma de vida, que es la humana”.

uma explicação quando fez algo ruim. Esse elemento é bastante importante porque também faz parte da vida humana: admitir que uma conduta ruim não tenha justificativa significa que a pessoa – ante os próprios olhos, em primeiro lugar – reconhece que falhou, que de algum modo se diminuiu. As atitudes humanas visam a um projeto vital, autobiográfico.

O que o homem faz, o faz, definitivamente, em vista da figura de vida que projetou, da personagem imaginada que pretende ser; essa pretensão é que dá razão a cada atividade, e a moralidade do fazer depende, num primeiro estrato, de sua adequação a esse esquema total, de sua autenticidade quanto à pretensão que cada um é. Quando o homem substitui os motivos que nascem de sua íntima pretensão por outros quaisquer, falseia a si mesmo, suplanta sua autêntica personalidade por outra, esvazia-se de si mesmo, e essa é a raiz da imoralidade<sup>24</sup> (MARÍAS, 1947, p. 373-374, tradução nossa).

A justificativa por ações falsas ou perversas diminui o projeto vital. No entanto, esse é um risco sempre presente na vida humana. E o é porque a pessoa é uma realidade que está sempre aberta (MARÍAS, 1997, p. 73) e que, portanto, encontra diante de si outro aspecto da vida moral que faz parte da justificativa: a escolha.

Minha escolha não estabelece meramente o objeto do ato, A e não B, mas também estabelece um elemento, uma disposição, um componente de hábito, que por sua vez predeterminará minhas tendências futuras, minha orientação permanente. Por minha escolha eu faço de mim mesmo o homem que deverei ser<sup>25</sup> (LONERGAN, 2005, p. 263, tradução nossa).

Posner (2009, p. 488) toca num ponto de suma importância ao dizer que o conhecimento não dita seu próprio uso para fins morais. A pessoa pode até mesmo reconhecer algo que é melhor para si (sem entrar sequer no plano do trato com os demais) e renunciar a isso, por qualquer razão. O conhecimento não pode mover a vontade, mas pode ao menos informá-la, tocá-la de algum modo. Nesse sentido, e tomando aqui a moral como essa justificativa da pessoa, as razões apresentadas por Posner (2009, p. 481-482) acerca de por que se deve ler, podem ser entendidas como meio de

---

<sup>24</sup>No original: “Lo que el hombre hace, lo hace, en definitiva, en vista de la figura de vida que ha proyectado, del personaje imaginado que pretende ser; esa pretensión es la que da razón de cada uno de los haceres, y la moralidad de éstos depende, en un primer estrato, de su adecuación respecto a ese esquema total, de su autenticidad en cuanto a la pretensión que cada uno es; cuando el hombre sustituye los motivos que nacen de su íntima pretensión por otros cualesquiera, se falsea a sí mismo, suplanta su auténtica personalidad por otra, se convierte en hueco de sí mismo; y ésta es la raíz de la inmoralidad”.

<sup>25</sup>No original: “My choosing not merely settles object of act, A and not B, but also settles an element, a disposition, a component of habit, that predetermines my future tendencies, my permanent orientation. By my choosing I make myself the kind of man I am to be”.

enriquecer as possibilidades imaginativas da vida humana de tal modo que a pessoa consiga incorporar as formas percebidas ao seu projeto vital. Assim se chega a uma possibilidade *moral* sem cair no *moralismo*.

A justificativa da pessoa, entendida como uma narrativa, indica a estrutura dramática (ou argumental da vida humana): “A vida humana tem *argumento*. O que o homem faz, o faz por algo e para algo, e por isso não é possível mais que mediante uma constante justificativa, o que dá sua condição de responsabilidade” (MARÍAS, 1994, p. 21, grifo do autor, tradução nossa)<sup>26</sup>. Que essa visão corra o risco de ser tomada sob um aspecto sentimental é certo, mas não necessário.

Para cada aluno meu que precisa ser protegido contra um leve excesso de sensibilidade, há três que precisam ser despertados do sono da fria vulgaridade. A tarefa do educador moderno não é derrubar florestas, mas irrigar desertos. A defesa certa contra sentimentalismos falaciosos é inculcar sentimentos corretos. Quando ajudamos a sensibilidade dos nossos jovens a morrer de inanição, o que fazemos é só torná-los presas mais fáceis do propagandista. Pois a natureza faminta será vingada e um coração duro não é proteção infalível contra a insensatez (LEWIS, 2017, p. 20).

As escolhas da vida humana envolvem antecipações imaginativas e a consideração das consequências das atitudes a serem tomadas tendo em mente o projeto autobiográfico da pessoa. Dentro dessa possibilidade *moral*, que é a possibilidade sempre aberta da escolha, vale citar o que Ortega y Gasset (2016, p. 84-85, tradução nossa) entende como a essência da tragédia:

<sup>26</sup>No original: “La vida humana tiene *argumento*. Lo que el hombre hace, lo hace por algo y para algo, y por eso no es posible más que mediante una constante justificación, lo que da su condición de responsabilidad”.

Longe, pois, de originar-se na fatalidade do trágico, é essencial ao herói querer seu trágico destino. Por isso, vista a tragédia desde a vida vegetativa, tem sempre um caráter fictício. Toda a dor nasce de que o herói resiste a abrir mão de um papel ideal, uma função imaginária que escolheu. O ator no drama, poder-se-á dizer paradoxalmente, representa um papel que é, por sua vez, a representação de um papel, embora a sério neste último caso. De qualquer modo, a volição livríssima inicia e engendra o processo trágico. E esse “querer”, criador de um novo âmbito de realidades que só por ele são – a ordem trágica –, é, naturalmente, uma ficção para quem não exista mais querer que o da necessidade natural, a qual se contenta só com o que é<sup>27</sup>.

Para Ortega y Gasset (2016), a essência do heroísmo trágico reside não na fatalidade que pode sobrevir à pessoa, mas nas consequências de sua escolha. Seguindo seu discípulo Marías, pode-se acrescentar que essa escolha será justificada (aceitando e imaginando as possíveis consequências) com base no projeto autobiográfico almejado. A imaginação é fundamental primeiro na consideração dessas possibilidades, em seguida na antecipação das consequências (trágicas, talvez) para que a vontade por fim seja iluminada, mas não condicionada. Nesse sentido é que as críticas de Posner são bastante frutíferas para a consideração da obra literária como informadora imaginativa para as possibilidades morais da vida humana.

<sup>27</sup>No original: “Lejos, pues, de originarse en la fatalidad de lo trágico, es esencial al héroe querer su trágico destino. Por eso, mirada la tragedia desde la vida vegetativa, tiene siempre un carácter ficticio. Todo el dolor nace de que el héroe se resiste a resignar un papel ideal, un *role* imaginario que ha elegido. El actor en el drama, podrá decirse paradójicamente, representa un papel que es, a su vez, la representación de un papel, bien que en serio esta última. De todos modos, la volición libérrima inicia y engendra el proceso trágico. Y este ‘querer’, creador de un nuevo ámbito de realidades que solo por él son – el orden trágico –, es, naturalmente, una ficción para quien no haya más querer que el de la necesidad natural, la cual se contenta con solo lo que es”.

A liberdade de escolha e o enriquecimento da imaginação para a trajetória autobiográfica e para a narrativa da pessoa formam uma via de mão dupla: a justificativa é ampliada à medida em que são ampliadas as possibilidades imaginativas. A liberdade não é meramente a ausência de constrição, mas sim consequência de uma cuidadosa deliberação tomada com base no projeto vital imaginado.

A imaginação é o ponto de contato entre a biografia da pessoa – seu passado e presente – e a projeção antecipada do futuro desejado, isto é, a ilusão em seu sentido positivo. Não por acaso Leonardo Castellani (1976, p. 502) afirmou que “La imaginación es el soporte de la esperanza [...]”. O projeto vital precisa ser imaginado para que a pessoa tenha o entusiasmo biográfico bastante para vivê-lo. Nesse sentido, a imaginação é uma narrativa antecipada construída a partir da consciência autobiográfica (LEÃO JÚNIOR; CACHICHI; SIQUEIRA, 2020, p. 161).

Entretanto, a imaginação também precisa ser formada para conseguir elaborar prudentemente um projeto de vida realizável e não meramente fantasioso, ou seja, um projeto que esteja enraizado na realidade concreta da pessoa que o imagina e que não consista numa fuga dessa realidade. Só se pode dizer que uma pessoa é prudente quando atua prudentemente e não apenas quando pensa em atuar. Todavia, a atuação é consequência do pensamento e da imaginação de possibilidades. A literatura e a imaginação, por si só, não são capazes de realizar a ação prudente, mas dão elementos (a justificativa) para que a ação seja realizada.

Por último – e isto talvez seja o mais importante – a ficção imaginativa significa ensaios da vida, nos quais o homem assume e vive imaginariamente vidas distintas da sua real. A leitura de romances e contos, a contemplação de ficções cênicas ou cinematográficas são o meio de aquisição de situações vitais e reações a elas e, assim, uma preparação para a vida real. O amor, a honra, os ciúmes, a ambição, o heroísmo, o engano nos são acessíveis sem tê-los vivido realmente graças à fantasia. Sabemos o que são, os entendemos, nos movemos em seu âmbito, sabemos reagir a eles, porque fizemos o ensaio irreal de vivê-los. Nossa vida é muito mais complexa e rica porque a duplicamos mediante a ficção: a rigor, a multiplicação por um fator considerável. A narração em seu sentido mais amplo é um instrumento que nos permite enriquecer fabulosamente a vida, que sem ela seria de incrível simplicidade e pobreza. Daí a perene inaptidão do utilitarismo, a miopia dos moralistas de via estreita, sempre obcecados com sua inimiga – a ficção. São pessoas que pensam que se perde tempo lendo romances ou indo ao cinema, quando é precisamente tempo o que se ganha, tempo condensado e comprimido, centenas de anos de possíveis vidas, magicamente resumidos e abreviados nas páginas ou na tela. Pessoas que não sabem que a forma suprema da educação, da *paideia*, foi entre os gregos a poesia homérica; e hoje é *paideia* também, e da mais profunda, o

romance que se lê no metrô e até o cinema de sessão contínua<sup>28</sup> (MARÍAS, 1955b, p. 31-32, tradução nossa).

É difícil pensar numa apologia melhor e mais completa da educação da imaginação que essa, escrita por Marías. Para o nosso tempo, a leitura de romances pode consistir também numa *paideia*. Eis a ideia central. E assim é porque a antecipação imaginativa das mais variadas experiências humanas ensina ao leitor não apenas a compreender as vidas fictícias das personagens com quem está a ter contato durante a leitura como também o prepara – o abre – para novas experiências em sua própria vida. Assim como uma personagem de Unamuno (1985, p. 134, tradução nossa), o leitor de romances “busca os romances a fim de se descobrir, de viver em si, de ser ele mesmo”.<sup>29</sup> A leitura não é uma fuga da realidade, mas um encontro, encontro da pessoa não apenas num sentido subjetivo e individual, mas com toda a realidade que a cerca. Segundo Marías (1955a, p. 20, tradução nossa), “[e]m outras palavras, a única realidade efetiva em uma sociedade é a das vidas individuais, mas a estas lhes sucede necessariamente a sociedade, isto é, são constitutiva e intrinsecamente sociais”.<sup>30</sup> Assim, o projeto vital, a formação imaginativa e a tomada de decisões na vida acontecem – a afirmação é óbvia, mas se faz necessário dizer – dentro da sociedade e em relação a ela. A literatura revela formas de pretensão das pessoas dentro de determinada sociedade e as consequências de se tentar ou não realizá-las.

[O] modo de presença da vida como totalidade é, pois, a ficção imaginativa *cum fundamento in re*.

Nesse sentido, todo homem é romancista de si mesmo, original ou plagiário, como costuma dizer Ortega. A vida é “tarefa poética”. Mas esses

---

<sup>28</sup>No original: “Por último – y esto es quizá lo más importante – la ficción imaginativa significa ensayos de la vida, en los cuales el hombre asume y vive imaginariamente vidas distintas de la suya real. La lectura de novelas y relatos, la contemplación de ficciones escénicas o cinematográficas son el medio de adquisición de situaciones vitales y reacciones a ellas; y así, una preparación para la vida real: el amor, el honor, los celos, la ambición, el heroísmo, el engaño, nos son accesibles sin haberlos vivido realmente, gracias a la fantasía; sabemos lo que son, los entendemos, nos movemos en su ámbito, sabemos reaccionar a ellos, porque hemos hecho el ensayo irreal de vivirlos. Nuestra vida es mucho más compleja y rica porque la duplicamos mediante la ficción; en rigor, la multiplicación por un factor considerable. La narración en su sentido más lato es un instrumento que nos permite enriquecer fabulosamente la vida, que sin ella sería de increíble simplicidad y pobreza. De ahí la perenne torpeza del utilitarismo, la miopía de los moralistas de vía estrecha, siempre obsesos con su enemiga la ficción. Son gentes que creen que se pierde el tiempo leyendo novelas o yendo al cine; cuando es precisamente tiempo lo que se gana, tiempo condensado y comprimido, centenares de años de posibles vidas, mágicamente resumidos y abreviados en las páginas o en la pantalla. Gentes que no saben que la forma suprema de la educación, de *paideia*, fue entre los griegos la poesía homérica; y hoy es *paideia* también, y de la más profunda, la novela que se lee en el metro y hasta el cine de sesión continua”.

<sup>29</sup>No original: “busca las novelas a fin de descubrirse, a fin de vivir en sí, de ser él mismo”.

<sup>30</sup>No original: “Dicho en otros términos, la única realidad efectiva en una sociedad es la de las vidas individuales, pero a éstas les pasa necesariamente la sociedad, esto es, son constitutiva e intrinsecamente sociales”.

romances que os homens têm que imaginar individualmente, cada um o seu, partem de certos supostos dados. Da mesma maneira que o escritor se encontra com alguns gêneros literários *possíveis*, que normalmente tem que seguir – ou talvez inovar em relação a eles, o que é outro modo de levá-los em conta –, o homem aloja em cada caso a trajetória de sua vida em certo “gênero literário” vigente na sociedade a que pertence<sup>31</sup> (MARÍAS, 1955a, p. 185, grifo do autor, tradução nossa).

Em sentido amplo, esses gêneros literários sociais expressam, por assim dizer, diversos (uns mais dominantes, outros menos) modos de compreender e viver numa sociedade específica. São, ao mesmo tempo, aspirações, conflitos e frustrações ante esses modos de compreensão e vivência na sociedade. Em sua realidade dinâmica, o Direito também consiste numa forma de compreender e responder aos gêneros literários sociais. Inserido na cultura da sociedade, ele mesmo é um gênero literário social que está em contato com os demais (daí a importância da interdisciplinaridade).

No nível individual, cada pessoa precisa conhecer a sociedade em que está inserida para assim poder imaginar e realizar o seu projeto vital. Esse conhecimento abrange também a tradição cultural ampla que formou a sociedade. No nível institucional e especificamente no Direito, esse mesmo conhecimento é necessário. Para reformar é preciso conhecer.

Algumas pessoas parecem acreditar que o único jeito de ensinar sobre a civilização ocidental é uma incursão no autodesprezo. Tais pessoas não são realmente críticas – porque o verdadeiro crítico ainda precisa amar. Você não pode ter nada interessante a dizer sobre Racine e a tragédia francesa clássica se sua análise moral severa o deixar frio. O doutor Johnson amou Shakespeare imensamente, e isso fez de sua crítica à busca do bardo pelos “jogos de palavras”, pelos estimulantes gracejos com as palavras ainda mais impressionante e reveladora. O amor revela. É um olho, como disse Ricardo de São Vítor. Sem amor: sem visão<sup>32</sup> (SOLEN, 2017, p. 78-79, tradução nossa).

O conhecimento da cultura em que está inserida é essencial para a pessoa, para sua vivência concreta. Esse conhecimento supõe também

---

<sup>31</sup>No original: “el modo de presencia de la vida como totalidad es, pues, la ficción imaginativa *cum fundamento in re*. En este sentido, todo hombre es novelista de sí mismo, original o plaguario, como suele decir Ortega; la vida es ‘faena poética’. Pero estas novelas que los hombres tienen que imaginar individualmente, cada uno la suya, parten de ciertos supuestos dados; lo mismo que el escritor se encuentra con algunos géneros literarios *posibles*, que normalmente tiene que seguir – o bien innovar respecto de ellos, lo cual es otro modo de tenerlos en cuenta –, el hombre aloja en cada caso la trayectoria de su vida en un cierto ‘género literario’ vigente en la sociedad a que pertenece”.

<sup>32</sup>No original: “Some people seem to believe that the only way to teach about Western civilization is as an exercise in self-loathing. Such people are not really critics – because the true critic still must love. You cannot have anything interesting to say about Racine and classical French tragedy if its severe moral analysis leaves you cold. Doctor Johnson loved Shakespeare immensely, and that makes his criticism of the bard’s pursuit of the ‘quibble’, the groan-rousing play on words, all the more impressive and revealing. Love reveals. It is an eye, as Richard of Saint Victor says. No love: no vision”.

um esforço em busca dos antecedentes de sua cultura, de modo que, quando forem necessárias as mudanças, elas sejam feitas levando em consideração o todo. A resposta institucional – do Direito – é reflexo de uma série de respostas individuais e conjuntas das pessoas ante a sociedade em que vivem.

A Literatura tende a contribuir em dois níveis: individual e social (ou institucional). Ela é produto do esforço de indivíduos que dão forma a experiências humanas recortadas e verossímeis. Não terá a capacidade de mover a vontade dos leitores, mas de situá-los imaginativamente ante a própria circunstância e de contribuir para a formação de seu projeto autobiográfico, para a redescoberta do parâmetro ético.

Apesar de resultar do esforço individual, a Literatura está inserida numa tradição – seja para segui-la, seja para contrariá-la. Em alguma medida, essa tradição expressará os gêneros literários vigentes na sociedade, de que falou Marías. Sendo um desses gêneros, o Direito pode aproveitar as expressões dos demais para a consecução dos seus objetivos.

## 5 Conclusão

A cultura é o conjunto de respostas de uma comunidade à realidade concreta que se apresenta diante dela ou o domínio sobre a natureza. Domínio não significa necessariamente abuso, mas uma relação que permita o desenvolvimento humano. Se de fato ocorrerem abusos (contra a natureza ou contra a pessoa humana), ou seja, se a comunidade (ou um grupo) deixar de servir para almejar ser servida, então a cultura – por maior que seja o seu estágio de progresso técnico – não servirá de barreira contra a barbárie.

Conforme se viu com Huizinga (2017), é fundamental um parâmetro ético para julgar uma cultura. Ao abordar as questões apresentadas na segunda seção deste artigo, Steiner (1971) também se refere a isso. Inserido numa cultura e podendo aprender com ela, o Direito necessita igualmente de um parâmetro ético, sobretudo por ser uma ciência normativa ética, orientada ao agir humano.

Para que se compreendam as razões do agir humano (a justificativa de que fala Marías), a Literatura, o animal de carga da cultura, pode ser de grande valia. Ela insere o ser humano tanto em seu projeto vital (pessoal, individual) quanto na sociedade e, conseqüentemente, na cultura em que está e deve conhecer.

As críticas tanto de Weisberg (1989) quanto de Posner (2009) contribuíram para, à luz do referencial teórico deste trabalho, ressaltar a abertura da pessoa ante o próprio projeto vital. Nem a literatura nem a imaginação

podem dominar a vontade, mas servem a ela durante a ponderação (sempre presente na vida humana) do projeto autobiográfico.

A Literatura por si só não pode promover automaticamente uma melhora na pessoa nem o resgate do parâmetro ético. Contudo, ela pode, sim, enriquecer a imaginação a ponto de a vontade ter todas as razões (justificativas) para as decisões a serem tomadas.

## Sobre os autores

Gilmar Siqueira é mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília, Marília, SP, Brasil; doutorando em Direito na Universidade Federal do Pará, Belém, PA, Brasil.  
E-mail: gilmarsiqueira126@gmail.com

Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior é doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, Brasil; mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; pós-doutor em Direito pelo Ius Gentium Conimbrigae da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; coordenador do curso de Direito e professor da graduação e do programa de pós-graduação (mestrado) em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília, Marília, SP, Brasil.  
E-mail: teofilo@univem.edu.br

Rogério Cangussu Dantas Cachichi é mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília, Marília, SP, Brasil; doutorando em Direito na Universidade de Marília, Marília, SP, Brasil; juiz federal da Subseção Judiciária de Jacarezinho, Jacarezinho, PR, Brasil.  
E-mail: rogeriocangussu@gmail.com

## Como citar este artigo

(ABNT)

SIQUEIRA, Gilmar; LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas. A Literatura como meio de redescoberta do parâmetro ético no Direito e na cultura. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 59, n. 234, p. 115-138, abr./jun. 2022. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/234/ril\\_v59\\_n234\\_p115](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/234/ril_v59_n234_p115)

(APA)

Siqueira, G., Leão, T. M. de A., Jr., & Cachichi, R. C. D. (2022). A Literatura como meio de redescoberta do parâmetro ético no Direito e na cultura. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 59(234), 115-138. Recuperado de [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/234/ril\\_v59\\_n234\\_p115](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/234/ril_v59_n234_p115)

## Referências

DOSTOIÉVSKI, Fiódor M. *Os irmãos Karamázovi*. Tradução de Natália Nunes e Oscar Mendes. Rio de Janeiro: Abril Cultural, 1970. (Os Imortais da Literatura Universal, n. 1).

ELIOT, Thomas Stearns. *Christianity and culture: the idea of a Christian society and notes towards the definition of culture*. New York: Harcourt Brace & Company, 1976. (A Harvest Book, HB32).

ESOLEN, Anthony. *Out of the ashes: rebuilding American culture*. Washington, DC: Regnery Publishing, 2017.

HUIZINGA, Johan. *Nas sombras do amanhã: um diagnóstico da enfermidade espiritual de nosso tempo*. Tradução e notas de Sérgio Marinho. Goiânia: Caminhos, 2017. (Coleção Horizonte, v. 1).

LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas; SIQUEIRA, Gilmar. A ilusão na filosofia de Julián Mariás e o método APAC: possibilidade de recuperação pela consciência autobiográfica. *Revista Direitos Democráticos & Estado Moderno*, São Paulo, n. 1, p. 157-170, jul./dez. 2020. DOI: <https://doi.org/10.23925/ddem.v0i1.49432>. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/DDEM/article/view/49432>. Acesso em: 18 fev. 2022.

LEWIS, Clive Staples. *A abolição do homem*. Tradução de Gabriele Greggersen. Ed. especial. Rio de Janeiro: Thomas Nelson Brasil, 2017.

LONERGAN, Bernard. *Collected works of Bernard Lonergan: topics in education*. Edited by Robert M. Doran and Frederick E. Crowe. Toronto: University of Toronto Press, 2005. v. 10. (The Robert Mollot Collection).

MANN, Thomas. *Doutor Fausto: a vida do compositor alemão Adrian Leverkühn narrada por um amigo*. Tradução de Herbert Caro. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994. (Coleção Grandes Romances).

MARÍAS, Julián. *Introducción a la filosofía*. Madrid: Revista de Occidente, 1947.

\_\_\_\_\_. *La estructura social: teoría y método*. Madrid: Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1955a.

\_\_\_\_\_. *La imagen de la vida humana*. Buenos Aires: Emecé, 1955b. (Cuadernos de Ensayos, 22).

\_\_\_\_\_. *Mapa del mundo personal*. Madrid: Alianza Editorial, 1994.

\_\_\_\_\_. *Persona*. Madrid: Alianza Editorial, 1997.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Amanda Muniz. Direito e literatura: um grande mal-entendido? As críticas de Richard Posner e Robert Weisberg ao direito na literatura. *ANAMORPHOSIS – Revista Internacional de Direito e Literatura*, [Porto Alegre], v. 5, n. 2, p. 395-416, jul./dez. 2019a. DOI: <http://dx.doi.org/10.21119/anamps.52.395-416>. Disponível em: <http://rdl.org.br/seer/index.php/anamps/article/view/565>. Acesso em: 18 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. “Law and literature” e “direito e literatura”: estudo comparativo entre a produção acadêmica do movimento nos Estados Unidos e no Brasil. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019b. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/204404>. Acesso em: 18 fev. 2022.

ORTEGA Y GASSET, José. *Meditaciones del Quijote*. Campinas: Edições Livre, 2016.

PETERS, Julie Stone. Law, literature, and the vanishing real: on the future of an interdisciplinary illusion. *PMLA: Publications of the Modern Language Association of America*, [s. l.], v. 120, n. 2, p. 442-453, Mar. 2005. DOI: <https://doi.org/10.1632/003081205X52383>.

POSNER, Richard A. *Law and literature*. 3rd ed. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009.

POZZOLI, Lafayette. *Maritain e o direito*. São Paulo: Loyola, 2001. (Coleção Instituto Jacques Maritain do Brasil).

SENIOR, John. *The death of Christian culture*. Norfolk, VA: IHS Press, 2008.

STEINER, George. *In Bluebeard's castle: some notes towards the re-definition of culture*. New Haven: Yale University Press, 1971. (The T. S. Eliot Memorial Lectures, 1970).

UNAMUNO, Miguel de. *Cómo se hace una novela*. In: \_\_\_\_\_. *San Manuel Bueno, mártir. Cómo se hace una novela*. 13. ed. Madrid: Alianza Editorial, 1985. (El Libro de Bolsillo. Sección Literatura, 27).

WEISBERG, Robert. The law-literature enterprise. *Yale Journal of Law & the Humanities*, [New Haven], v. 1, n. 1, p. 1-67, 1989. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/72832487.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2022.

# A inconstitucionalidade do condicionamento da esterilização voluntária ao consentimento de terceiro

KAMILA MARIA STRAPASSON  
ESTEFÂNIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA

**Resumo:** Com base em revisão bibliográfica, o artigo sustenta a inconstitucionalidade do dispositivo legal que, na vigência de sociedade conjugal, impõe o consentimento expresso do cônjuge como condição para realizar a esterilização. Demonstra-se essa inconstitucionalidade num cenário constitucional que privilegia o conceito de família eudemonista, traz a igualdade entre homens e mulheres, e protege os direitos reprodutivos. Nesse cenário, especificam-se as funções e dimensões dos direitos fundamentais envolvidos, demonstra-se a necessidade de proteção a um núcleo essencial, e delimitam-se as condições para que haja a possibilidade de renúncia ao exercício de posições jurídicas jusfundamentais. O estudo conclui pela incompatibilidade entre a disposição legal e as condições para a possibilidade de renúncia ao exercício de posições jurídicas jusfundamentais uma vez que a decisão não pode ser condicionada ao consentimento de terceiro, não haveria consentimento livre, e o dispositivo normativo não passa pelo teste da proporcionalidade.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional; direitos fundamentais; esterilização voluntária; proporcionalidade; renúncia de direitos.

## The unconstitutionality of conditioning voluntary sterilization to a third party consent

**Abstract:** The paper, based on a bibliographical review, supports the unconstitutionality of the legal provision which imposes as a condition to carry out the sterilization in the conjugal society the express consent of the partner. For this, it demonstrates the unconstitutionality in the face of a constitutional scenario that privileges the concept of the eudemonist family, which brings equality between men and women and protects

Recebido em 2/9/21  
Aprovado em 26/1/22

reproductive rights. Then, it specifies the functions and dimensions of the fundamental rights involved, demonstrates the need to protect an essential core, as well as delimits the conditions for the possibility of renouncing the exercise of legal positions of fundamental rights. Finally, it concludes that the legal provision is incompatible with the conditions for renounce the exercise of legal positions of fundamental rights, inasmuch as the decision cannot be conditioned to the consent of a third party, there is no free consent and the normative device does not pass the proportionality test.

**Keywords:** constitutional law; fundamental rights; voluntary sterilization; proportionality; renounce of rights.

## 1 Introdução

Regulando o § 7º do art. 226 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (BRASIL, [2021]), que trata do planejamento familiar, a Lei nº 9.263/1996, em seu art. 10, § 5º, condiciona, na vigência da sociedade conjugal, a realização do procedimento de esterilização voluntária (laqueadura ou vasectomia) ao consentimento expresso do cônjuge. Além disso, em seu art. 15, a Lei considera crime, com pena de reclusão e multa, realizar a esterilização cirúrgica em desacordo com o estabelecido no art. 10 (BRASIL, [2014]).

A constitucionalidade do art. 10, § 5º, da Lei nº 9.263/1996 é objeto de duas ações diretas de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (STF). O tema, que já tinha sido objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.097, proposta em 2014 pela Associação Nacional de Defensores Públicos, é hoje também discutido pela ADI 5.911, ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) em março de 2018 (BRASIL, 2015, 2019).

As ações ainda aguardam julgamento e defendem, entre outros aspectos, que o dispositivo questionado viola a dignidade humana, a liberdade de disposição sobre o próprio corpo, a igualdade material e os direitos reprodutivos. Além disso, afirmam que o dispositivo representaria uma excessiva ingerência do Estado na esfera individual.

Com base em revisão bibliográfica, este estudo revela a inconstitucionalidade do art. 10, § 5º, da Lei nº 9.263/1996. Para isso, demonstra a incompatibilidade entre a disposição legal e o cenário constitucional que privilegia o conceito de uma família eudemonista, a igualdade entre homens e mulheres, e protege os direitos reprodutivos. Nesse contexto,

especifica as funções e dimensões dos direitos fundamentais envolvidos, demonstra a necessidade de proteção a um núcleo essencial e afirma que a previsão legal não atende às condições para a possibilidade de renúncia ao exercício de posições jusfundamentais.

## **2 Delimitação do cenário da discussão: a inconstitucionalidade do dispositivo legal à luz da concepção de família na Constituição de 1988 e dos direitos reprodutivos**

Desde o início do século XX consolidou-se no Ocidente o modelo de família concebido pela sociedade burguesa, baseado no casamento (MORAES; TEIXEIRA, 2016, p. 121), marcado por uma estrutura hierarquizada e patriarcal, com controle marital e obediência por parte da mulher (SILVA; SILVA, 2013, p. 469). Preponderava um conceito único de família, ligada ao matrimônio, à existência de um débito conjugal e à reprodução como modo de continuidade da espécie humana. A reprodução era inerente ao casamento, e qualquer intervenção que buscasse modificar essa ordem natural era imoral e ilegal, sendo a esterilização voluntária considerada ofensiva ao interesse público (BOTTEGA, 2007, p. 45).

Todavia, nas últimas décadas, em especial a partir da promulgação da Lei do Divórcio de 1977, a concepção de família sofreu alterações, com modificações importantes em relação à autonomia dos seus membros (MORAES; TEIXEIRA, 2016, p. 121). Em poucas décadas, o modelo patriarcal deu lugar à mobilidade das configurações familiares e à democratização da estrutura familiar. Passou-se do modelo unitário de família à pluralidade de famílias, e a CRFB foi marco histórico dessa mudança no Brasil (SILVA; SILVA, 2013, p. 463).

A CRFB privilegia o conceito de família baseada no afeto, que protege a igualdade, a integridade psicofísica e a liberdade de seus membros. A relação familiar não é mais unitária: são admitidas juridicamente diferentes configurações de família, e a própria Constituição, em rol exemplificativo, reconhece no art. 226 a família fundada no casamento, na união estável e a família monoparental (BRASIL, [2021]). Assim, passa-se do modelo de família instituição para o de família instrumento, que objetiva propiciar circunstâncias adequadas ao desenvolvimento da personalidade de seus membros e preza pela autonomia individual (MORAES; TEIXEIRA, 2016, p. 118-121). Surgem novos modelos de família, mais igualitários nas relações de sexo e idade, e mais flexíveis em seus componentes (DIAS, 2017, cap. 9, p. 1).

A CRFB consagrou o conceito de família eudemonista, baseada na repersonalização, na afetividade e na pluralidade. Uma família que, identificada pela comunhão de vida e pelo envolvimento afetivo, busca a felicidade individual por meio da emancipação de seus membros (DIAS, 2017, cap. 9, p. 4, 12).

A democratização da estrutura familiar sugere que a família contemporânea deve ter como alicerce a igualdade, o respeito e a tomada de decisões por meio do diálogo (SILVA; SILVA, 2013, p. 468), não havendo mais razões morais, religiosas ou políticas que justifiquem a excessiva e indevida ingerência do Estado no âmbito familiar (DIAS, 2017, cap. 9, p. 12). Para Lôbo (2014, cap. 25, p. 11), a liberdade no âmbito familiar está contemplada na Constituição em duas vertentes: a “liberdade da entidade familiar diante do Estado e da sociedade; e a liberdade de cada membro diante dos outros membros e diante da própria entidade familiar”.

Nesse quadro, é evidente que a exigência legal de consentimento do cônjuge para a realização da esterilização voluntária é contrária

ao conceito de família eudemonista protegido pela Constituição. O novo modelo preza pela repersonalização, liberdade e pelo bem-estar dos membros da família, ao passo que o dispositivo legal representa uma excessiva ingerência do Estado na esfera familiar, que deve ser marcada por afeto, respeito e diálogo.

Além disso, mudanças significativas no Direito de Família envolveram o plano dos valores e das concepções sobre o papel da mulher, da conjugalidade e da sexualidade (SILVA; SILVA, 2013, p. 464). O movimento feminista, a disseminação dos métodos contraceptivos e o surgimento da reprodução assistida fizeram com que os paradigmas originários de casamento, sexo e procriação deixassem de balizar o conceito de família (DIAS, 2017, cap. 9, p. 2).

A CRFB incorporou várias reivindicações dos movimentos de mulheres durante os trabalhos constituintes, o que é evidenciado tanto pela previsão da igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I) quanto pela proteção à maternidade na área dos direitos trabalhistas (art. 7º, XVIII) e previdenciários (art. 201, II), bem como pela previsão de que os direitos e deveres que dizem respeito à sociedade conjugal devem ser exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (art. 226, § 5º) (BRASIL, [2021]). Em relação a este último ponto, cabe destacar que, até aquele momento, o Código Civil de 1916 vigente previa a superioridade do homem em relação à mulher, dando a ele o comando da família e a autoridade sobre a mulher e os filhos (BARBOZA; SILVEIRA, 2011, p. 105-106).

Elevada ao status de direito fundamental, a igualdade de gênero provocou uma profunda transformação no Direito de Família e passou a ser oponível aos poderes públicos e privados (art. 5º, I, CRFB) (LÔBO, 2014, cap. 25, p. 11). Contudo, apesar das conquistas sociais já alcançadas, a previsão constitucional de igualdade entre homens e mulheres ainda se distancia da

realidade. Para que haja de fato igualdade de gênero, é necessário que homens e mulheres tenham as mesmas oportunidades em relação aos diferentes aspectos da vida. Assim, além de uma igualdade formal perante a lei – a qual reconhece juridicamente aos homens e mulheres os mesmos direitos –, deve-se buscar a igualdade material aplicando-se as medidas necessárias para o acesso efetivo às mesmas oportunidades, inclusive para o exercício dos direitos fundamentais (CORONA NAKAMURA, 2016, p. 116). Atualmente, em relação ao uso de anticoncepcionais, ao aborto e ao direito à esterilização, o movimento feminista ainda luta pela proteção à liberdade das mulheres para tomar decisões de acordo com sua autonomia da vontade (ALECRIM; SILVA; ARAÚJO, 2014, p. 164).

Quanto aos direitos reprodutivos, estudos envolvendo entrevistas com mulheres demonstram a dificuldade de diálogo sobre a sexualidade com seus parceiros, a existência de decisões unilaterais e a pouca abertura para negociação ou para a partilha de responsabilidade. Em especial em famílias de baixa renda, a sexualidade permanece reprimida, ainda vigora a submissão da mulher ao homem e a falta de diálogo (FERREIRA; COSTA; MELO, 2014, p. 393-395). A responsabilidade pela contracepção e pela gravidez não é partilhada pelo casal e recai sobre a mulher, mesmo casada (BARBOZA; SILVEIRA, 2011, p. 108). Dados do censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2010 demonstram que há uma diminuição da taxa de fecundidade com o aumento do nível de instrução da mulher (independentemente da região do País) e que, quanto maior o rendimento nominal mensal domiciliar *per capita*, menor a taxa de fecundidade (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2010b).

Dados estatísticos também demonstram que os obstáculos à realização da esterilização

voluntária repercutem mais negativamente nas mulheres com menos recursos econômicos que nos homens. Segundo o censo realizado pelo IBGE em 2010, havia 6.093.226 de famílias monoparentais femininas com filhos, ao passo que as famílias monoparentais masculinas com filhos somavam apenas 881.716 (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2010a), o que demonstra a maior responsabilidade da mulher na criação dos filhos. Esse fato é corroborado por dados do Conselho Nacional de Justiça baseados no Censo Escolar de 2011: o nome do pai não consta na certidão de nascimento de 5,5 milhões de crianças brasileiras (BASSETTE, 2019).

Assim, considerando (i) a disparidade entre o número de famílias monoparentais femininas e masculinas, (ii) a quantidade de crianças sem o nome do pai na certidão de nascimento, (iii) os dados que comprovam o aumento da taxa de fecundidade de acordo com a menor escolaridade e renda, (iv) os aspectos culturais que ainda afirmam como papel da mulher o controle sobre a fecundidade e o cuidado com os filhos, verifica-se que os obstáculos colocados à realização da esterilização voluntária repercutem de forma mais negativa na mulher que no homem, especialmente naquelas com menor renda e escolaridade.

Diante dessas constatações, a análise da constitucionalidade do dispositivo legal envolveria a necessidade de aplicação do método do “questionamento feminino” descrito por Bartlett (1990, p. 837), o qual busca identificar as implicações de gênero em normas que aparentariam neutralidade. Para a autora, o método envolve perguntar como padrões e conceitos legais podem trazer desvantagens às mulheres com o objetivo de explicitar distorções e sugerir formas de correção.

Sem dúvida, é possível afirmar que a necessidade de consentimento do cônjuge para a realização da esterilização voluntária fere a igualdade material entre homens e mulheres, e é mais negativa para as mulheres. Em muitas circunstâncias, devido a resquícios do modelo cultural de família patriarcal, as mulheres não têm o mesmo poder de escolha que os homens no âmbito familiar. Especialmente nas famílias mais carentes ainda permanece baixa a abertura para o diálogo e para a partilha de responsabilidade em relação aos aspectos reprodutivos e aos cuidados posteriores com a criança.

A igualdade material entre mulheres e homens somente pode ser garantida na medida em que cada um tenha a liberdade de dispor sobre o próprio corpo e decidir sobre a realização do procedimento de esterilização sem a necessidade do consentimento de terceiro. A exigência de consentimento do cônjuge para a realização da esterilização constitui um obstáculo à superação da ideologia patriarcal que ainda subsiste na atualidade e contribui para a visão de que mais importa a não frustração

do desejo do cônjuge de eventualmente ter filhos que o direito à disposição sobre o próprio corpo.

Ainda que sem aprofundar questões médicas referentes à possibilidade de reversão dos procedimentos de esterilização, é importante lembrar que a mudança de opinião quanto à opção de ter um filho pode ser remediada por meio da adoção. Ademais, o casamento não é uma união juridicamente indissolúvel na atualidade, e o próprio relacionamento pode ser revisto. Por outro lado, uma eventual gravidez indesejada não pode ser revertida e representa uma dupla opressão sobre a mulher: ao mesmo tempo em que seria privada da realização da esterilização pela ausência de consentimento de seu cônjuge, ela pode ser punida caso realize o aborto.

No contexto constitucional é possível vislumbrar dois argumentos que demonstram a inconstitucionalidade da disposição legal que condiciona a realização da esterilização voluntária ao consentimento do cônjuge: (a) essa disposição representa uma excessiva ingerência do Estado no âmbito familiar por ser contrária ao conceito de família eudemonista, que preza pela repersonalização, pela liberdade e pelo bem-estar de seus membros; (b) o preceito legal fere a igualdade material entre homens e mulheres, na medida em que é mais oneroso para as mulheres, especialmente as mais carentes.

Conforme o art. 226, § 7º, da CRFB, o planejamento familiar é livre decisão do casal. Caberia ao Estado “propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito”, sendo proibida “qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas” (BRASIL, [2021]). A leitura constitucional permite afirmar que o planejamento familiar está ligado à escolha consciente do casal de ter filhos, da época da gestação, bem como à obtenção de informações sobre métodos contraceptivos, tendo por objetivo o bem-estar da família, em um cenário de funcionalização da entidade familiar para a realização da personalidade de seus membros (BOTTEGA, 2007, p. 51).

Além das conclusões baseadas no contexto constitucional, é necessário analisar tanto a Lei nº 9.263/1996 – que tratou do planejamento familiar, estabeleceu orientações, penalidades e garantiu a possibilidade de esterilização voluntária masculina e feminina – quanto os direitos reprodutivos.

No art. 2º, a Lei nº 9.263/1996 define planejamento familiar como “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal” (BRASIL, [2014]). Uma questão central do planejamento familiar é a possibilidade de escolher realizar a esterilização voluntária, e a Lei nº 9.263/1996 tornou a vasectomia e a laqueadura procedimentos ofertados gratuitamente no Sistema Único de Saúde (SUS), desde que cumpridos os requisitos legais. Para ter direito ao procedimento de

esterilização, além do consentimento expresso do cônjuge (art. 10, § 5º), é necessário ter capacidade civil plena e no mínimo 25 anos de idade ou dois ou mais filhos vivos (art. 10, I). Ademais, antes do procedimento de esterilização exige-se um período de 60 dias de aconselhamento por equipe multidisciplinar, em que a pessoa deve ser informada sobre o procedimento e sobre outros métodos contraceptivos (BRASIL, [2014]; CAETANO, 2014, p. 313).

Embora em certos contextos históricos a esterilização já tenha sido uma imposição do Estado, no Brasil, ela é hoje um método contraceptivo ofertado pelo SUS, reflexo do direito ao planejamento familiar livre (BOTTEGA, 2007, p. 51). Se o casal é livre para decidir, e vigora um conceito de família que preza pela liberdade e pelo bem-estar de seus membros, o planejamento familiar pode ser visto como parte integrante dos direitos reprodutivos.<sup>1</sup>

Conforme definição da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento de 1994 (item 7.3), os direitos de reprodução envolvem o direito dos casais e dos indivíduos de decidir de forma livre e responsável sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos, bem como de ter acesso à informação e aos meios de assim o fazer. Portanto, incluem o direito de tomar decisões sobre a reprodução de maneira livre de discriminação, de coerções ou violência. Também conforme a Conferência, a promoção do exercício responsável dos direitos reprodutivos por todo indivíduo deve ser a base de políticas de governos na área da saúde reprodutiva, devendo ser promovidas relações mutuamente respeitadas e equitativas entre os sexos (NAÇÕES UNIDAS, 2006, p. 62-63).

No cenário nacional, pode-se sustentar a proteção aos direitos reprodutivos com fundamento em dispositivos constitucionais como o direito à saúde e à proteção da maternidade (art. 6º, *caput*), o direito ao acesso a recursos educacionais e científicos para decidir de forma livre sobre o planejamento familiar (art. 226, § 7º) e a igualdade de direitos e deveres na sociedade conjugal (art. 226, § 5º) (BRASIL, [2021]; VENTURA, 2009, p. 58-59).

Os direitos reprodutivos englobam o direito de decisão sobre ter filhos, o número de filhos, os intervalos entre seus nascimentos, bem como o direito de acesso aos meios necessários para o exercício livre da autonomia reprodutiva, sem discriminação, coerção e violência. Esses direitos estão intrinsecamente ligados tanto ao respeito à autodeterminação e à livre escolha da maternidade e da paternidade quanto ao direito de obtenção da informação necessária sobre meios e técnicas

---

<sup>1</sup> Bottega (2007, p. 52) e Ferreira, Costa e Melo (2014, p. 389) defendem o mesmo ponto de vista.

contraceptivas para a tomada de decisão informada. Desse modo, assegurar os direitos reprodutivos implica também a proteção de outros direitos, como o direito à educação e à saúde (VENTURA, 2009, p. 19-20).

No atual contexto constitucional, o Estado tem deveres de proteção e promoção das informações e recursos necessários para que os direitos reprodutivos sejam efetivados. Todavia, ao mesmo tempo, os direitos reprodutivos têm como base a autonomia reprodutiva das pessoas, o que impõe ao Estado o dever de não intervenção nas escolhas individuais, a não ser nos casos em que seja necessária a proteção de pessoas com reduzida capacidade para decidir (VENTURA, 2009, p. 20, 94).

Os direitos reprodutivos relacionam-se à autonomia e à autodeterminação da maternidade e paternidade responsáveis, bem como ao direito à disposição sobre o próprio corpo (LANDA, 2016, p. 62). Cabe ao Estado reconhecer a liberdade e autonomia dos cidadãos com o objetivo de promover a realização dos mais diversos projetos de vida (MORAES; CASTRO, 2014, p. 812-813).

Nesse aspecto, a autonomia privada em sua esfera existencial (art. 5<sup>o</sup>, *caput*, CRFB), na qual está inserida a autonomia corporal, envolve a possibilidade de realizar tudo o que não é proibido, a exigência de não intervenção na vida privada do indivíduo e a possibilidade de autodeterminação, de obediência a si mesmo. A leitura constitucional sobre a autonomia corporal pressupõe o corpo como espaço de liberdade, envolve sua proteção como unidade físico-psíquica indissociável, como ponto de partida e de chegada de um viver singular. Interdições em matéria corporal geram consequências na esfera mental da pessoa, de modo que, nos casos de exercício de liberdades asseguradas constitucionalmente e em situações de conflitos existenciais, o paternalismo deve perder

espaço para a autonomia individual (MORAES; CASTRO, 2014, p. 780, 794-795, 802).

Numa sociedade democrática como a brasileira, a liberdade de disposição do próprio corpo não pode ser exceção. É preciso refutar o Estado baseado em um paternalismo forte, que promove intervenções sobre a autonomia individual sem considerar a avaliação que cada sujeito é capaz de fazer sobre as próprias condutas e suas consequências (MORAES; CASTRO, 2014, p. 808, 812-813).

Portanto, vislumbra-se mais um argumento pela inconstitucionalidade da disposição legal que condiciona a realização da esterilização voluntária ao consentimento do cônjuge. No atual contexto constitucional de proteção aos direitos reprodutivos, à livre disposição sobre o próprio corpo e ao planejamento familiar livre, a realização da esterilização voluntária deveria ser uma decisão sem a interferência de terceiros. Contudo, a legislação lhe impõe limites de maneira incompatível com a Constituição.

### **3 A inconstitucionalidade do dispositivo legal com base nas condições para a possibilidade de renúncia ao exercício de posições jusfundamentais**

Evidenciada a incompatibilidade entre o art. 10, § 5<sup>o</sup>, da Lei nº 9.263/1996 e o cenário constitucional que privilegia o conceito de família eudemonista, traz a igualdade entre homens e mulheres e protege os direitos reprodutivos, passa-se à análise da inconstitucionalidade do dispositivo à luz das condições para a possibilidade de renúncia ao exercício de posições jusfundamentais, das funções e dimensões dos direitos fundamentais envolvidos e à demonstração da necessidade de proteção a um núcleo essencial.

### 3.1 As restrições aos direitos fundamentais e a necessidade de proteção a um conteúdo essencial desses direitos

Este artigo adota a visão de Alexy (2014, p. 249), que concebe cada direito fundamental como um “direito fundamental completo”, um “direito fundamental como um todo”. Segundo Hachem (2013, p. 629), o direito fundamental como um todo considera a existência de normas resultantes da construção hermenêutica que, baseada em diferentes disposições constitucionais, demonstra que do direito como um todo decorrem diversas pretensões jurídicas.

Para Alexy (2014), os direitos fundamentais são multifuncionais. De cada direito fundamental extraem-se deveres diversos, que decorrem de incumbências de naturezas diferentes dirigidas ao Estado. Assim, destacam-se duas funções associadas aos direitos fundamentais: (1) de defesa, que proíbe a interferência indevida na esfera do titular por ações do Estado ou de sujeitos privados, ou seja, impõe uma omissão por parte do Estado; (2) de prestação, que impõe ao Estado a persecução de certos objetivos e exige a criação de pressupostos jurídicos e fáticos para o exercício dos direitos fundamentais (HACHEM, 2014, p. 130-132).

Por sua vez, a dimensão prestacional engloba as funções de (2.1) prestação fática em sentido estrito, que envolve prestações jurídicas que o indivíduo poderia obter de particulares se possuísse meios financeiros e se encontrasse no mercado uma oferta que fosse satisfatória; (2.2) prestação normativa em sentido amplo, que se subdivide na função de proteção (direito à elaboração de normas pelo legislativo e executivo necessárias à proteção de bens jurídicos) e na função de organização e procedimento (criação de organizações e procedimentos para a promoção e proteção dos direitos) (HACHEM, 2014, p. 131-132).

Além disso, segundo Hachem (2013, p. 625-627), uma norma de direito fundamental pode ser observada pela perspectiva (a) subjetiva<sup>2</sup> – do titular do bem jurídico a ser protegido, enfeixando uma multiplicidade de posições jurídicas que atribuem ao titular situações de vantagem – ou (b) objetiva – do objeto que busca tutelar, o que traz deveres jurídicos ao Estado, impõe obrigações de salvaguarda do direito fundamental independentemente da reivindicação subjetiva do titular e compele o Poder Público a criar condições de fruição do bem jurídico.

No caso de imposição do consentimento do cônjuge para a realização da esterilização, está em jogo a dimensão subjetiva dos direitos reprodutivos, pois as pretensões jurídicas envolvidas derivam de uma relação jurídica bem delimitada, com definição do titular do direito (um dos cônjuges), do sujeito obrigado (médico que realizará o procedimento) e do conteúdo da prestação (esterilização). A análise dessa situação envolve especialmente as funções de: (a) defesa em relação aos direitos reprodutivos ligados à livre disposição do próprio corpo, que implica a proibição de interferência indevida na esfera do titular por ações do Poder Público e impõe a omissão por parte do Estado, e (b) prestação fática dos direitos reprodutivos em sentido estrito, ou seja, a prestação das devidas informações pelo serviço de saúde sobre as vantagens, riscos e consequências da realização do procedimento de esterilização voluntária. Desse modo, delimitadas a dimensão e as funções do direito fundamental em análise, é possível o estudo da necessidade de proteção a um núcleo essencial.

<sup>2</sup> A dimensão subjetiva traz as disposições de direitos fundamentais como normas constitucionais que investem seu titular na prerrogativa de exigir o cumprimento de prestações positivas ou negativas do destinatário da pretensão. Quando derivam de uma relação jurídica delimitada – com a definição do conteúdo da prestação, do titular do direito e do sujeito obrigado –, as pretensões jurídicas de direito fundamental detêm uma dimensão subjetiva, que permite sua exigibilidade judicial ou administrativa (HACHEM, 2013, p. 632).

Segundo Novais (2003, p. 570), as garantias dos direitos fundamentais são condicionadas pela reserva geral de compatibilização com outros bens que o Estado deve proteger e a cuja realização está vinculado. Assim, é comum que ocorra a aplicação de mais de uma norma de direito fundamental em relação a um mesmo conjunto de fatos concretos, havendo colisões de posições jurídico-fundamentais. Tais colisões ocorrem quando o exercício de um direito fundamental de um titular acarreta efeitos negativos sobre os direitos fundamentais de outros titulares (DUQUE, 2014, p. 209-212), ou quando há a colisão entre o direito fundamental de um indivíduo e um direito que garante um bem coletivo protegido constitucionalmente (FARIAS; TEIXEIRA, 2016, p. 304-305).

Nas situações em que o exercício de um direito fundamental pode levar a conflitos com outros direitos protegidos, evidencia-se a necessidade de delimitação do âmbito de proteção desses direitos (MENDES, 2012, p. 33) no que diz respeito a sua hipótese de incidência para marcar o bem protegido, ao potencial alcance de tal proteção e à informação sobre o dever de aplicação do direito e a medida em que deve ser interpretado (DUQUE, 2014, p. 226).

Para Mendes (2012, p. 35), a análise da norma de direito fundamental considera o âmbito de proteção (deve-se identificar o bem jurídico protegido e a amplitude da proteção) e as restrições contempladas expressamente na Constituição e nas reservas legais de índole restritiva. Além disso, independentemente das reservas do legislador constituinte, os direitos fundamentais podem ceder diante de outros bens igualmente dignos de proteção (NOVAIS, 2003, p. 569).

A reconstrução da relação entre o direito e suas restrições pode ser feita com base na teoria externa, que considera a existência do direito em si e, destacadas dele, suas restrições. Segundo essa teoria, a restrição ao exercício do direito

pode ocorrer apenas no caso concreto e não tem influência no conteúdo do direito (SILVA, 2014, p. 138). Para Silva (2014, p. 139-140, 167), é possível relacionar a teoria externa e a teoria dos princípios, pois um princípio entendido como mandamento de otimização é ilimitado *prima facie*, mas pode ser restringido por princípios colidentes. Por sua vez, um direito fundamental com natureza de princípio sofrerá uma distinção entre o direito *prima facie* e direito definitivo. Tal distinção seria pressuposta pela teoria externa, pois somente no caso concreto, após o sopesamento ou aplicação da regra da proporcionalidade, seria possível definir o direito definitivo, com a restrição a partir de fora. Nesse cenário, demonstra-se necessária a proteção a um núcleo essencial dos direitos fundamentais, que seria um limite às restrições desses direitos e evitaria o esvaziamento de seu conteúdo (MENDES, 2012, p. 56-58).

Este estudo defende a existência de um conteúdo essencial relativo, que compatibiliza a adoção da teoria externa e a aceitação da distinção entre direitos *prima facie* e definitivos. As teorias que defendem um conteúdo essencial relativo rejeitam um conteúdo essencial com contornos fixos e definíveis *a priori* para cada direito fundamental. Para elas, a definição do conteúdo essencial depende das condições fáticas e das colisões entre os direitos e os interesses no caso concreto, de modo que o conteúdo essencial do direito pode variar a depender da situação e dos direitos envolvidos no caso (SILVA, 2014, p. 196).

Silva (2014, p. 197, 206-207) vincula a teoria relativa do conteúdo essencial dos direitos fundamentais à regra da proporcionalidade, de maneira que a garantia do conteúdo essencial desses direitos seria consequência da aplicação da regra da proporcionalidade em casos de restrições aos direitos. Havendo uma distinção entre o direito *prima facie* e o direito definitivo,

a regra da proporcionalidade seria uma forma de controle e aplicação dos princípios como mandamentos de otimização. Para o autor (SILVA, 2014, p. 197), as “restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade” são constitucionais “e não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos”.

A regra da proporcionalidade é composta por três sub-regras – a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito – que mantêm entre si uma relação de subsidiariedade (SILVA, 2014, p. 169-174). Assim, só será necessária a análise da sub-regra posterior, em ordem, se o problema não tiver sido solucionado com a análise da sub-regra anterior (SILVA, 2002).

Nessa perspectiva, em primeiro lugar, a medida estatal que intervém no âmbito de proteção do direito fundamental deve ter como objetivo um fim constitucionalmente legítimo, o qual normalmente é a realização de outro direito fundamental, e a sub-regra da adequação questiona se a medida adotada é adequada para fomentar a realização do objetivo perseguido. A adequação é um teste absoluto e linear, referindo-se a uma relação de meio e fim entre a medida e a finalidade a ser alcançada (SILVA, 2014, p. 169-171).

Em contrapartida, a sub-regra da necessidade é um teste comparativo, pois um ato estatal é considerado necessário quando comparado a alternativas que poderiam ser utilizadas para o mesmo fim. Em outros termos, o ato estatal que realiza uma restrição ao direito fundamental será necessário se a realização do objetivo não puder ser promovida, com a mesma intensidade, por outro ato que limite menos o direito fundamental atingido. Portanto, a necessidade considera as medidas alternativas para se chegar ao mesmo objetivo. Na comparação realizada no âmbito da necessidade, duas variáveis devem ser consideradas: a eficiência da medida em relação ao objetivo; e o grau em que o direito fundamental atingido é restringido. Se ambas as medidas forem igualmente eficientes na realização do objetivo, deve-se preferir a medida que restrinja menos o direito fundamental. Contudo, quando a medida mais eficiente é a mais gravosa, e a menos gravosa é a menos eficiente, a variável decisiva é a eficiência (SILVA, 2014, p. 170-172).<sup>3</sup>

A terceira sub-regra é a da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste no sopesamento entre os direitos envolvidos, buscando evitar que medidas estatais que sejam adequadas e necessárias restrinjam os

---

<sup>3</sup> Para Silva (2014, p. 172-173), a eficiência é decisiva no exame da necessidade porque: (a) caso a preferência recaísse na medida menos gravosa, mesmo que quase nada eficiente, a melhor escolha seria sempre a omissão do Estado (que geralmente é a menos gravosa); e (b) a escolha da medida mais eficiente não leva à desproteção do direito restringido em prol da eficiência, pois a proteção é posteriormente analisada no exame da proporcionalidade em sentido estrito.

direitos fundamentais além do que a realização do objetivo possa justificar. A proporcionalidade em sentido estrito questiona se há equilíbrio entre a restrição do direito atingido e a realização do outro direito (SILVA, 2014, p. 174-176, 179). Na averiguação da proporcionalidade em sentido estrito, deve-se fazer uma ponderação entre as vantagens e prejuízos que foram gerados pela limitação de um direito constitucional para proteção de outro considerando as circunstâncias do caso concreto, de modo que os benefícios e as vantagens da restrição de um direito devem ser superiores aos prejuízos em relação aos bens em conflito (PÉREZ GÁLVEZ, 2007, p. 179).

A previsão legal de que seria necessário o consentimento do cônjuge para a realização da esterilização voluntária na vigência da sociedade conjugal objetivaria a proteção da instituição familiar. Contudo, conforme já salientado, o objetivo do legislador é incompatível com a visão de família protegida pela CRFB – uma família eudemonista, marcada pela igualdade, pelo afeto, pelo respeito e pelo diálogo. Em outras palavras, o próprio objetivo do legislador é inconstitucional na medida em que visa proteger a instituição familiar acima da autonomia e da felicidade dos seus membros.

Ademais, o objetivo do legislador é incompatível com o planejamento familiar livre e com a proteção aos direitos reprodutivos, que estão intrinsicamente ligados à autonomia, à autodeterminação da maternidade e da paternidade responsáveis, e com o direito à disposição sobre o próprio corpo (LANDA, 2016, p. 62). Assim, pode-se afirmar que o objetivo do legislador é inconstitucional, de modo que a análise do primeiro requisito da regra da proporcionalidade é afetada. Não há como se analisar a adequação da norma a um objetivo que em si já é inconstitucional.

Todavia, para reforçar a argumentação, imaginemos que o objetivo da norma de proteção à instituição *família* acima da autonomia de seus membros fosse tomada como constitucional, e a análise de constitucionalidade fosse realizada com base na regra da proporcionalidade. Nesse caso, a necessidade de consentimento do cônjuge poderia ser considerada adequada, pois fomentaria a realização do objetivo de proteção à instituição familiar, tendo em vista que só permitiria a esterilização se houvesse a concordância expressa do cônjuge. Contudo, a exigência de consentimento expresso do cônjuge não passaria pelo teste da necessidade, porque o objetivo de proteção da família poderia ser promovido, com a mesma intensidade, por outro ato que limitasse menos os direitos reprodutivos. Como medida alternativa menos restritiva aos direitos reprodutivos poderia ser adotada, no período mínimo de sessenta dias de aconselhamento por equipe multidisciplinar (art. 10, I, Lei nº 9.263/1996), a promoção do diálogo entre os cônjuges, guiado por especialistas que

auxiliassem na obtenção de uma certeza em relação à tomada da decisão. Tal medida seria igualmente eficiente e traria menor restrição aos direitos reprodutivos relativos ao direito de disposição sobre o próprio corpo.

Mesmo que o dispositivo superasse a sub-regra da necessidade, não seria proporcional em sentido estrito, visto que, em um sopesamento entre os direitos envolvidos, a medida estatal restringiria os direitos reprodutivos além do que a realização do objetivo de proteção à instituição familiar poderia justificar. Isso porque o dispositivo feriria a igualdade material entre homens e mulheres e seria mais oneroso para as mulheres, especialmente as mais carentes. Ademais, no contexto constitucional de proteção à família como instrumento – bem como de proteção aos direitos reprodutivos diretamente ligados ao planejamento familiar livre e à liberdade de disposição sobre o próprio corpo –, a proteção da autonomia individual de decisão sobre a realização da esterilização teria maior peso que a proteção da família como instituição, incompatível com o cenário atual.

Dessa forma, a disposição normativa não passaria pelo teste da proporcionalidade, afetando o conteúdo essencial dos direitos reprodutivos, ligados ao direito de disposição sobre o próprio corpo, sendo inconstitucional.

Assim, examinada de qualquer ângulo, é inconstitucional a norma que condiciona a esterilização voluntária na vigência da sociedade conjugal ao consentimento do cônjuge, seja pela própria incompatibilidade entre o objetivo da norma e a CRFB, seja pela análise da norma com base na regra da proporcionalidade. Delimitada a inconstitucionalidade da norma em relação a tais pontos, passa-se à sua análise à luz da possibilidade de renúncia aos direitos fundamentais.

### **3.2 Condições para a possibilidade de renúncia de posições jurídicas jusfundamentais**

A doutrina que defende a irrenunciabilidade dos direitos fundamentais se baseia na dimensão objetiva desses direitos, salientando que eles desempenham uma função institucional e não estão à livre disposição do indivíduo (MENDES, 2006, p. 125).

Contudo, a consideração da dimensão objetiva dos direitos fundamentais não implica sua irrenunciabilidade, pois eles têm também uma dimensão subjetiva. Quando o particular renuncia a um direito, renuncia ao exercício de uma disposição jurídica jusfundamental como garantia subjetiva, mas não prejudica o âmbito objetivo (MENDES, 2006, p. 125).

Outro argumento contra a possibilidade de renúncia aos direitos fundamentais é a necessidade de proteção à dignidade humana, ou seja, não

seriam permitidos atos de renúncia que ferissem a dignidade. Todavia, a irrenunciabilidade dos direitos fundamentais fere a própria dignidade, na medida em que elimina a capacidade de autodeterminação do indivíduo. A negação de que esses direitos se relacionam com a autodeterminação dos indivíduos poderia levar ao sacrifício do ideário democrático e do próprio sistema de direitos fundamentais, que visa proteger as liberdades (MENDES, 2006, p. 126-127).

Em uma sociedade pluralista, a proteção aos direitos fundamentais deve prezar o discurso da liberdade. O âmbito de liberdade que diz respeito aos direitos fundamentais é evidenciado pelas possibilidades de ação decorrentes da posição jusfundamental, que se referem à decisão sobre se, quando e como ocorrerá o exercício do direito no plano fático. A própria renúncia ao exercício de uma posição jurídica de direito fundamental é uma maneira de o titular exercer esse direito (MENDES, 2006, p. 129-131).

Além disso, conforme Duque (2014, p. 108-109), a possibilidade de renúncia ao exercício de posições jurídicas jusfundamentais pode ser afirmada: (a) pela inexistência de uma obrigação em se recorrer aos direitos fundamentais, tendo o particular a faculdade de decidir recorrer ou não aos direitos que titulariza quando há violação a sua esfera de proteção; (b) pela própria estrutura dos direitos fundamentais demonstrar a possibilidade de renúncia ao seu exercício e de, nas situações em que essa possibilidade não é provada, poder recorrer-se de forma subsidiária ao livre desenvolvimento da personalidade, o qual justificaria tal possibilidade de renúncia; e (c) pelo fato de que o indivíduo não renuncia ao exercício dos direitos fundamentais em relação ao Estado, mas sim em face de si próprio.

Duque (2014) salienta que é inapropriado entender o termo *renúncia* aos direitos fundamentais como a renúncia total de um direito fundamental. Para o autor, a renúncia a direitos fundamentais deve ser entendida como uma renúncia ao exercício desses direitos, e não a sua titularidade (DUQUE, 2014, p. 107). Assim, é no sentido de renúncia ao exercício de posições jusfundamentais que o termo é aqui utilizado.

Contudo, a afirmação da possibilidade de renúncia a direitos fundamentais exige a delimitação dos pressupostos para que essa renúncia seja válida (MENDES, 2006, p. 129). É o que se pretende fazer para confrontar tais pressupostos com a norma analisada.

Para Mendes (2006, p. 123-124, 129-130), o conceito de renúncia expressa a ideia de consentimento do indivíduo em enfraquecer uma posição jurídica subjetiva protegida por uma norma de direito fundamental tanto em relação ao Estado quanto a particulares. Quando ocorre a renúncia, o titular do direito vincula-se juridicamente a não invocar certa posição jurídica por tempo determinado, sendo essa decisão revogável. Para a

autora, seriam pressupostos para que a renúncia seja válida: (a) a declaração de vontade dada pelo próprio titular do direito fundamental, não sendo admissível que outros o façam; (b) a declaração com caráter voluntário, consciente, sem qualquer coerção; e (c) a limitação da renúncia no tempo.

Por outro lado, Martel (2010, p. 352-353, 366) analisa o tema à luz do conceito de indisponibilidade dos direitos fundamentais, o qual, apesar da imprecisão terminológica, está predominantemente conectado à manifestação do titular para abdicar do direito. Segundo a autora, a disposição de posições jusfundamentais é normativa e não faz parte da estrutura do direito, o que afasta a noção de que todos os direitos fundamentais são indisponíveis. O sistema jurídico é que define quais posições jurídicas subjetivas de direitos fundamentais devem ser indisponíveis. Para Martel (2010, p. 355), dispor de um direito fundamental é “enfraquecer, por força do consentimento do titular, uma ou mais posições jurídicas subjetivas de direito fundamental perante terceiros, quer seja o Estado, quer particulares, permitindo-lhes agir de forma que não deveriam, tudo o mais sendo igual, se não houvesse o consentimento”. A autora defende que a disposição de posições jurídicas de direitos fundamentais engloba: (1) um tripé composto pela titularidade da dimensão subjetiva, a intersubjetividade e o objeto da relação jurídica; (2) o consentimento; e (3) o eventual enfraquecimento de posições jurídicas de direito fundamental.

Quanto ao primeiro elemento do tripé, a autora salienta que apenas se pode dispor de posições jurídicas que se titulariza. Assim, a disposição de um direito fundamental diz respeito à parcela subjetiva desse direito, de forma que só se pode falar de disposição quando existir uma dimensão subjetiva associada à objetiva ou apenas a dimensão subjetiva. O segundo aspecto

do tripé seria o fato de que os direitos subjetivos representam a relação de um sujeito com outro sujeito. Assim, dispor de um direito envolve a modificação de posições subjetivas de direitos fundamentais que envolvem dois sujeitos. O último elemento do tripé, o objeto da relação, é uma ação comissiva, omissiva ou uma alternativa de ação. Nesse aspecto, concluindo suas observações sobre o tripé, Martel (2010, p. 355-357) afirma que a disposição de direito fundamental se refere à disposição de uma posição subjetiva que se realiza entre dois sujeitos tendo em vista seu objeto e cria novas posições que modificam ou extinguem a posição original.

Segundo Martel (2010, p. 357-360), o segundo requisito para dispor de posições jurídicas de direito fundamental é o consentimento. Para a autora, a disposição da posição subjetiva deve ser autônoma, proveniente do comportamento do titular, ou seja, ela não poderá ser heterônoma – não pode ser realizada por terceiro e sem ter justificação no comportamento do próprio titular da posição. Assim, para que haja a disposição de posições subjetivas de direito fundamental é necessário o consentimento do titular, que se destina a modificar a posição relativamente ao outro polo da relação e envolve seu objeto. O consentimento justifica o comportamento do outro polo, oferecendo razões para que ele se comporte de um modo que não poderia.

No caso da esterilização, para o consentimento deve-se esclarecer ao paciente a natureza do procedimento, os riscos de complicações, seus benefícios e eventuais alternativas. As informações devem ser prestadas conforme o grau de conhecimento, as condições físicas e psíquicas da pessoa, de maneira clara (VAZ; REIS, 2008, p. 549, 556). Assim, para que possa consentir, o paciente deve estar inteiramente consciente de todas as fases, métodos, pontos positivos e negativos do procedimento de esterilização voluntária a ser realizado (SANTOS, 2016, p. 16).

Em terceiro lugar, Martel (2010, p. 360-362) afirma que a disposição de posições subjetivas de direito fundamental é geralmente vista como uma desvantagem para quem a realiza. Contudo, nem todos os casos são assim. Conforme a autora, em geral a modificação é vista como desvantagem porque retira o titular do lado dominante da relação: há troca da posição mais protegida para outra menos protegida, o que provoca o enfraquecimento da posição subjetiva de direito fundamental. Todavia, a disposição pode ser vista também como o exercício de outra posição subjetiva, pois pode não haver desvantagem fática para quem dispõe e, por outro lado, pode acarretar graves desvantagens fáticas e ônus jurídicos para quem a realiza. Para evitar explorações de circunstâncias adversas, é importante a qualidade do consentimento.

Ao analisar o tema, Barroso (2011) afirma que os direitos fundamentais são em princípio disponíveis: a liberdade é a regra, e a disposição, frequentemente uma maneira de exercer o direito. Contudo, isso não impede que certas posições jurídicas de direito fundamental não possam ser consideradas indisponíveis pelo ordenamento jurídico, mas nesses casos o Estado teria o ônus argumentativo de comprovar que se trata de restrição legítima. Assim, a validade de um ato de disposição deveria ser analisada caso a caso, considerando a natureza do direito, de eventuais direitos contrapostos e os valores sociais relevantes envolvidos. O autor salienta que para que ocorra a disposição de posições jurídicas jusfundamentais é preciso o consentimento genuíno, o que exige a verificação de aspectos ligados ao sujeito, à liberdade de escolha e à decisão informada (BARROSO, 2011, p. 18-19, 31).

Segundo Barroso (2011, p. 31-32), o sujeito do consentimento é o titular do direito fundamental, que deve manifestar sua vontade de forma válida e inequívoca. Para que a disposição

seja válida, o sujeito deve ser civilmente capaz e estar em condições adequadas de discernimento. Para ser considerado inequívoco, o consentimento deve ser: personalíssimo – não pode ser realizado mediante representação, mas apenas pelo próprio interessado; expresso – não pode ser presumido; atual – manifestado imediatamente antes do procedimento e revogável. Além disso, para ser considerado genuíno, o consentimento deve ser livre, baseado na escolha do titular. Não pode ser produto de influências externas, de pressões ou ameaças. Por fim, o consentimento deve ser informado, fundado na compreensão da situação e das consequências da escolha, ou seja, os aspectos relevantes da situação devem ter sido transmitidos ao indivíduo em linguagem acessível.

Para Duque (2014, p. 108-114), entre outros aspectos, a renúncia ao exercício de direitos fundamentais (a) pode ser examinada apenas à luz do caso concreto, de modo que na ponderação de direitos se deve considerar em que medida é possível renunciar a um direito fundamental; (b) só se pode renunciar a direito próprio; (c) não pode ser uma renúncia total, de modo que os limites da renúncia estariam na garantia de preservação de um conteúdo essencial do direito fundamental; (d) deve ser apreciado o poder de autodeterminação da pessoa e a qualidade dos direitos em questão, os quais têm de ser ponderados entre si.

Ao tratar do tema, Farias e Teixeira (2016, p. 310-312, 316) entendem que seriam necessários dois pressupostos para ser válida a renúncia aos direitos fundamentais: (a) a titularidade – quem renuncia deve ser o titular da posição jurídica do direito fundamental em discussão, não sendo necessária a aceitação de terceiro ou do Estado para que a renúncia ocorra; (b) o caráter voluntário da renúncia – a renúncia deve ser consciente e livre de qualquer tipo de coerção, de vício de vontade.

Com base na análise dos pressupostos comuns entre as posições doutrinárias acima expostas, conclui-se que a renúncia dos direitos fundamentais diz respeito à possibilidade de renúncia ao exercício de posições jurídicas jusfundamentais, e não à titularidade do direito, sendo normativa a disposição de posições jusfundamentais. Seriam condições principais para a renúncia a esse exercício: (a) a titularidade da posição jurídica jusfundamental – só se pode renunciar a posições jurídicas próprias, não sendo necessária a aceitação de terceiro para que a renúncia ocorra; (b) o consentimento expresso, livre e informado do titular; e (c) a análise da possibilidade de renúncia caso a caso, com a proteção a um núcleo essencial do direito fundamental.

Assim, à luz da teoria da possibilidade de renúncia ao exercício de posições jusfundamentais, o art. 10, § 5º, da Lei nº 9.263/1996 não se sustenta.

Em primeiro lugar, porque decisões personalíssimas de direitos reprodutivos não podem ser condicionadas ao consentimento de terceiro. Conforme as construções doutrinárias expostas, só se pode renunciar a posições jurídicas de direitos fundamentais próprias, não sendo necessária a aceitação de terceiro para que a renúncia ocorra. No caso em análise, exige-se o consentimento do cônjuge (terceiro) para a realização do procedimento de esterilização.

Em segundo lugar, não se trataria de um consentimento livre, pois um terceiro (cônjuge) exerceria ampla influência externa quanto ao exercício do direito e poderia impedir, por sua própria vontade, o exercício do direito reprodutivo de utilização do método contraceptivo de esterilização.

Em terceiro lugar, como analisado no item anterior (3.1), a exigência de consentimento do cônjuge para a realização da esterilização voluntária é inconstitucional à luz da regra da proporcionalidade por atingir o núcleo essencial dos direitos reprodutivos intrinsecamente ligados ao direito de disposição sobre o próprio corpo. Além da incompatibilidade do objetivo da norma com a Constituição, ela não passa pela sub-regra da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Em quarto lugar, deve-se realizar o raciocínio inverso, isto é, há de se salientar que a realização da esterilização voluntária sem o consentimento do cônjuge não é incompatível com o planejamento familiar livre, com a proteção dos direitos reprodutivos e com a nova concepção de família legitimada pela CRFB. Portanto, a esterilização voluntária sem o consentimento do cônjuge seria constitucional e atenderia aos pressupostos doutrinários para a renúncia ao exercício de direitos fundamentais: (a) tratar-se-ia de uma renúncia ao exercício do direito próprio de ter filhos biológicos; (b) seria realizada por meio de consentimento expresso do titular do direito, livre de pressões externas e com a devida

informação sobre como ocorreria o procedimento, seus riscos e vantagens; e (c) não feriria o núcleo dos direitos reprodutivos ligados à livre disposição sobre o próprio corpo, na medida em que é uma forma de seu exercício, ou seja, do exercício do direito de decisão sobre ter ou não filhos e do direito de acesso aos métodos necessários para o livre exercício da autonomia reprodutiva. Assim, também à luz da teoria da possibilidade de renúncia aos direitos fundamentais, é inconstitucional a disposição legal que condiciona a realização da esterilização voluntária ao consentimento do cônjuge.

## 4 Conclusão

Tendo em vista a existência de duas ações diretas de inconstitucionalidade em relação ao art. 10, § 5º, da Lei nº 9.263/1996, o artigo analisou a matéria no contexto da CRFB e da teoria da possibilidade de renúncia ao exercício dos direitos fundamentais.

Delimitado o cenário da discussão, ressaltou-se a inconstitucionalidade da norma afirmando que (a) a exigência de consentimento do cônjuge para a realização da esterilização voluntária representa uma excessiva ingerência do Estado no âmbito familiar, sendo contrária ao conceito de família eudemonista protegido pela Constituição, a qual preza pela autonomia individual, pela felicidade dos membros, pelo afeto, respeito e diálogo; (b) o preceito fere a igualdade material entre homens e mulheres, e é muito mais oneroso para as mulheres, especialmente as mais carentes; (c) a norma é incompatível com a CRFB no que se refere à proteção aos direitos reprodutivos ligados à livre disposição sobre o próprio corpo e à proteção ao planejamento familiar livre.

Analisou-se a norma com base na teoria dos direitos fundamentais e das condições para a possibilidade de renúncia ao exercício de posições jurídicas jusfundamentais, tendo sido sustentada a inconstitucionalidade do dispositivo na medida em que (a) as decisões personalíssimas de direitos reprodutivos não podem ser condicionadas ao consentimento de terceiro; (b) não haveria no caso um consentimento livre, porque um terceiro (cônjuge) exerceria ampla influência externa quanto ao exercício do direito; e (c) o objetivo da restrição normativa é inconstitucional, e a norma não passa pelo teste da proporcionalidade, pois afeta o conteúdo essencial dos direitos reprodutivos relacionados ao direito de disposição sobre o próprio corpo.

Demonstrou-se também que realizar a esterilização voluntária sem o consentimento do cônjuge seria constitucional e atenderia aos pressupostos doutrinários para a renúncia ao exercício de posições de direitos

fundamentais sem ferir o núcleo essencial desses direitos, pois seria uma renúncia ao exercício do direito próprio de ter ou não filhos biológicos, realizada por meio de um consentimento expresso do titular do direito, sem pressões externas e com as devidas informações; seria uma forma de exercício dos direitos reprodutivos ligados aos direitos de livre disposição sobre o próprio corpo, de decisão sobre ter ou não filhos e de acesso aos métodos contraceptivos.

Enfim, com fundamento na Constituição e na teoria da possibilidade de renúncia ao exercício dos direitos fundamentais, evidenciou-se a inconstitucionalidade do dispositivo em discussão, caminho que se sugere para a resolução das ADIs sobre o tema.

## Sobre as autoras

Kamila Maria Strapasson é mestra em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, PR, Brasil; bacharela em Direito pela UFPR, Curitiba, PR, Brasil; pesquisadora do Centro de Estudos da Constituição, Curitiba, PR, Brasil; assessora jurídica do Tribunal de Justiça do Paraná, Curitiba, PR, Brasil.

E-mail: kamilastrapasson@gmail.com

Estefânia Maria de Queiroz Barboza é doutora e mestra em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil, com estágio doutoral (doutorado sanduíche) e bolsa Capes na Osgoode Hall Law School (York University), Toronto, Canadá; professora do programa de pós-graduação (mestrado e doutorado) da Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, PR, Brasil, e da UNINTER, Curitiba, PR, Brasil; menção honrosa no prêmio Capes de Tese de 2012; vice-presidente da Associação Ítalo-brasileira de Professores de Direito Administrativo e de Direito Constitucional; *co-chair* da seção brasileira da Society of Public Law (ICON-S); pesquisadora do Centro de Estudos da Constituição, Curitiba, PR, Brasil.

E-mail: estefbarboza@gmail.com

## Como citar este artigo

(ABNT)

STRAPASSON, Kamila Maria; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. A inconstitucionalidade do condicionamento da esterilização voluntária ao consentimento de terceiro. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 59, n. 234, p. 139-160, abr./jun. 2022. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/59/234/ri/v59\\_n234\\_p139](https://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/59/234/ri/v59_n234_p139)

(APA)

Strapasson, K. M., & Barboza, E. M. de Q. (2022). A inconstitucionalidade do condicionamento da esterilização voluntária ao consentimento de terceiro. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 59(234), 139-160. Recuperado de [https://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/59/234/ri/v59\\_n234\\_p139](https://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/59/234/ri/v59_n234_p139)

## Referências

- ALECRIM, Gisele Machado; SILVA, Eduardo Pordeus; ARAÚJO, Jailton Macena de. Autonomia da mulher sobre o seu corpo e a intervenção estatal. *Gênero & Direito*, [s. l.], v. 3, n. 2, p. 158-176, jul./dez. 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/ged/article/view/20428>. Acesso em: 8 fev. 2022.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. (Teoria & Direito Público).
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; SILVEIRA, Raquel Dias da. Políticas contra a discriminação de gênero. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 46, p. 97-114, out./dez. 2011. DOI: <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v11i46.201>. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/201>. Acesso em: 8 fev. 2022.
- BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (coord.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: JusPODIVM, 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2022.
- BARTLETT, Katharine T. Feminist legal methods. *Harvard Law Review*, [s. l.], v. 103, n. 4, p. 829-888, Feb. 1990. Disponível em: [https://scholarship.law.duke.edu/faculty\\_scholarship/148/](https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/148/). Acesso em: 8 fev. 2022.
- BASSETTE, Fernanda. Brasil tem 5,5 milhões de crianças sem pai no registro. *Exame*, São Paulo, 31 ago. 2019. Disponível em: <https://exame.com/brasil/brasil-tem-5-5-milhoes-de-criancas-sem-pai-no-registro/>. Acesso em: 8 fev. 2022.
- BOTTEGA, Clarissa. Liberdade de não procriar e esterilização humana. *Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá*, Cuiabá, v. 9, n. 2, p. 43-64, jul./dez. 2007. Disponível em: <https://livrozilla.com/doc/1272997/liberdade-de-nao-procriar-e-esterilizacao-humana>. Acesso em: 8 fev. 2022.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 8 fev. 2022.
- \_\_\_\_\_. *Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996*. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2014]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm). Acesso em: 8 fev. 2022.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.097/DF*. Requerente: Associação Nacional de Defensores Públicos – Anadep. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello, 27 de fevereiro de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4542708>. Acesso em: 8 fev. 2022.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.911/DF*. Requerente: Partido Socialista Brasileiro – PSB. Interessados: Congresso Nacional; Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello, 8 de março de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5368307>. Acesso em: 8 fev. 2022.
- CAETANO, André Junqueira. Esterilização cirúrgica feminina no Brasil, 2000 a 2006: aderência à Lei de planejamento familiar e demanda frustrada. *Revista Brasileira de Estudos de População*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 2, p. 309-331, jul./dez. 2014. Disponível em: <https://www.rebep.org.br/revista/article/view/671>. Acesso em: 8 fev. 2022.
- CORONA NAKAMURA, Luis Antonio. Paridad de género en materia electoral en México. *Revista de Investigaciones Constitucionales*, Curitiba, v. 3, n. 1, p. 109-123, jan./abr. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i1.45111>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/45111>. Acesso em: 8 fev. 2022.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 3. ed. baseada na 12. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. *E-book*.

DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FARIAS, Cleide Márcia de; TEIXEIRA, João Paulo Allain. Renúncia a direitos fundamentais: modalidades e efeitos a partir da teoria constitucional contemporânea. *Revista Pensamento Jurídico*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 290-319, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/49>. Acesso em: 8 fev. 2022.

FERREIRA, Rebeca Viana; COSTA, Mônica Rodrigues; MELO, Delaine Cavalcanti Santana de. Planejamento familiar: gênero e significados. *Textos & Contextos*, Porto Alegre, v. 13, n. 2, p. 387-397, jul./dez. 2014. DOI: <https://doi.org/10.15448/1677-9509.2014.2.17277>. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/view/17277>. Acesso em: 8 fev. 2022.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14.2, p. 618-688, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/505>. Acesso em: 8 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. 2014. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/35104>. Acesso em: 8 fev. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo demográfico 2010: famílias e domicílios: resultados da amostra*. Rio de Janeiro: IBGE, 2010a. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/97/cd\\_2010\\_familias\\_domicilios\\_amostra.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/97/cd_2010_familias_domicilios_amostra.pdf). Acesso em: 8 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. *Censo demográfico 2010: nupcialidade, fecundidade e imigração: resultados da amostra*. Rio de Janeiro: IBGE, 2010b. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/98/cd\\_2010\\_nupcialidade\\_fecundidade\\_migracao\\_amostra.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/98/cd_2010_nupcialidade_fecundidade_migracao_amostra.pdf). Acesso em: 8 fev. 2022.

LANDA, César. Los derechos sexuales y reproductivos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 47-78, jul./dez. 2016. DOI: <https://doi.org/10.30899/dfj.v10i35.94>. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/94>. Acesso em: 8 fev. 2022.

LÓBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (org.). *Família e sucessões: direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. *E-book*. v. 1. (Coleção Doutrinas Essenciais).

MARTEL, Leticia de Campos Velho. Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 11, n. 2, p. 334-372, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1953>. Acesso em: 8 fev. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. (Série Escola de Direito do Brasil).

MENDES, Laura Schertel F. Um debate acerca da renúncia aos direitos fundamentais: para um discurso dos direitos fundamentais como um discurso de liberdade. *Revista Direito Público*, [Porto Alegre], v. 3, n. 13, p. 121-133, jul./set. 2006. DOI: 10.11117/22361766.13.01.06. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1317>. Acesso em: 8 fev. 2022.

MORAES, Maria Celina Bodin de; CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. *Pensar: Revista de*

Ciências Jurídicas, Fortaleza, v. 19, n. 3, p. 779-818, set./dez. 2014. DOI: <https://doi.org/10.5020/23172150.2012.779-818>. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/3433>. Acesso em: 8 fev. 2022.

MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Descumprimento do art. 229 da Constituição Federal e responsabilidade civil: duas hipóteses de danos morais compensáveis. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 3, p. 117-139, set./dez. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i3.48534>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/48534>. Acesso em: 8 fev. 2022.

NAÇÕES UNIDAS. Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento: Plataforma de Cairo, 1994. In: FROSSARD, Heloisa (org.). *Instrumentos internacionais de direitos das mulheres*. Brasília, DF: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2006. p. 33-137. (Série Documentos). Disponível em: [https://assets-compromissoeatidade-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2012/08/SPM\\_instrumentosinternacionaisdireitosdasmulheres.pdf](https://assets-compromissoeatidade-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2012/08/SPM_instrumentosinternacionaisdireitosdasmulheres.pdf). Acesso em: 8 fev. 2022.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco. El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo español. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 7, n. 29, p. 171-186, jul./set. 2007. DOI: <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v7i29.351>. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/view/351>. Acesso em: 8 fev. 2022.

SANTOS, Adriano Barreto Espíndola. Os direitos de personalidade e os limites à intervenção ao próprio corpo. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, [Lisboa], ano 2, n. 3, p. 1-36, 2016. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/3/2016\\_03\\_0001\\_0036.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/3/2016_03_0001_0036.pdf). Acesso em: 8 fev. 2022.

SILVA, Suzana Gonçalves Lima e; SILVA, Rosângela Aparecida. A democratização da família: substituição da hierarquia familiar pela paridade nas relações conjugais e suas implicações para a família brasileira contemporânea. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, [Santa Maria, RS], v. 8, n. 2, p. 462-487, 2013. DOI: <https://doi.org/10.5902/1981369410842>. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/10842>. Acesso em: 8 fev. 2022.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. (Teoria & Direito Público).

\_\_\_\_\_. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

VAZ, Wanderson Lago; REIS, Clayton. Responsabilidade civil & consentimento informado. *Revista Jurídica Cesumar*, [Maringá], v. 8, n. 2, p. 533-568, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/895>. Acesso em: 8 fev. 2022.

VENTURA, Miriam. *Direitos reprodutivos no Brasil*. 3. ed. Brasília, DF: UNFPA, 2009. Disponível em: [http://www.unfpa.org.br/Arquivos/direitos\\_reprodutivos3.pdf](http://www.unfpa.org.br/Arquivos/direitos_reprodutivos3.pdf). Acesso em: 8 fev. 2022.

# Os *impeachments* de Collor e Dilma e o papel da Constituição na estabilização democrática brasileira

BRUNO CÉSAR LORENCINI

**Resumo:** O sistema constitucional é capaz de assegurar a consolidação do regime democrático? Neste artigo, procura-se responder a essa questão com base em duas hipóteses teóricas: a *institucional*, que reconhece na Constituição a capacidade de guiar e estabelecer limites para as forças políticas, e a *conjuntural*, que pressupõe que a estabilização democrática está mais ligada ao equilíbrio entre as forças políticas predominantes do que a qualquer condição institucional. O artigo considera o contexto brasileiro e utiliza a metodologia de estudo de caso, tendo sido selecionados para testar as hipóteses dois processos de ruptura de mandato pós-redemocratização: os *impeachments* dos ex-presidentes Collor e Dilma.

**Palavras-chave:** democracia; *impeachment*; consolidação.

## Collor and Dilma impeachments and the Brazilian constitution role to democratic stabilization

**Abstract:** Is the constitutional system capable of ensuring the consolidation of the democratic regime? In this article, we attempt to answer this question from two theoretical hypotheses: the *institutional* one, which recognizes in the constitution the ability to guide and establish limits for political forces, and the *conjunctural* one, which assumes that democratic stabilization is more linked to the equilibrium between the predominant political forces than to any institutional condition. The paper will consider both the Brazilian context and the case study methodology. The cases selected are the two presidential mandate rupture faced by the country after its re-democratization: ex-presidents Collor and Dilma's impeachments.

Recebido em 17/8/21  
Aprovado em 18/1/22

**Keywords:** democracy; impeachment; consolidation.

# 1 Introdução

O objetivo deste artigo é examinar o contexto brasileiro no período pós-Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) e analisar o papel por ela desempenhado para assegurar que, após trinta anos, ainda seja possível caracterizar o País como uma democracia.<sup>1</sup> Busca-se compreender como a intensa instabilidade política vivida no Brasil desde 1988 não resultou na dissolução da vida democrática e no consequente retrocesso autoritário e, principalmente, entender se a Constituição foi um fator decisivo ou contingente em tal realidade.

Desde logo, algumas hipóteses se delineiam acerca do tema. A primeira é que a Constituição é a ferramenta institucional que guiou o processo de transição política no Brasil e que salvaguardou o sistema de reversões autoritárias. Trata-se de perspectiva institucionalista, em que se estabelece a Constituição como uma variável causal independente, responsável por produzir efeitos no processo de transição e consolidação democráticas.

A hipótese condiz com teorias de transição democrática que a enxergam como o resultado de opções e vontades humanas, em regra exprimidas pela imposição do grupo que detém o controle político. Por exemplo, teorias que defendem a transição como uma delegação da elite política ou como uma concessão da elite econômica compatibilizam-se com a visão de que a Constituição pode ser *moldada* de forma a, por um lado, acomodar seus interesses e, por outro, reduzir os conflitos políticos e sociais, mantendo a vigência da fórmula democrática.

A segunda hipótese é a que entende a Constituição como um fator endógeno ao processo de transição democrática. Nesse sentido, o desenho constitucional decorre diretamente de estruturas preexistentes e dos interesses dos principais *players* do processo. Insere-se, assim, o fenômeno constitucional no rol daqueles decorrentes da transição política, afastando-se seu caráter determinante e condicionante seja para a consolidação democrática, seja para evitar a reversão autoritária.

No intuito de testar tais hipóteses, opta-se pela metodologia de estudo de caso, partindo de dois momentos considerados ápices da instabilidade política vivenciada no Brasil redemocratizado. Trata-se dos dois processos de *impeachment* de Presidente da República vivenciados após a retomada das eleições diretas. Inicia-se com o caso do Presidente Fernando Collor de Melo, eleito no ano de 1989 e que, após dois anos conturbados de mandato, viria a renunciar ao cargo em 29 de dezembro de 1992. O

---

<sup>1</sup> Adota-se, neste momento, na linha de Alvarez, Cheibub, Limongi e Przeworski (1996), o conceito dicotômico de regimes políticos, classificando-os em democracias e autocracias, conforme a existência ou não de uma oposição competitiva. Não se ingressa aqui, portanto, no mérito de compreender a qualidade da democracia brasileira.

segundo corresponde ao processo de *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff, que teve o seu segundo mandato interrompido em 31/8/2016.

Embora os *impeachments* não tenham sido, por certo, os únicos momentos de intensa instabilidade política no Brasil, sua escolha como objeto de estudo justifica-se por tais processos estarem institucionalizados no texto constitucional. Permitem, assim, a análise direta da capacidade normativa da Constituição em regular conflitos políticos intensos, que colocam em risco a estabilidade democrática. Teria sido a observância à Constituição o fator principal para que tamanha crise não revertesse em retrocesso democrático, ou a Constituição teve papel colateral ou até mesmo funcionou como mero mecanismo de fachada e de legitimação das forças políticas que dominaram e resolveram o conflito?

No contexto de cada uma dessas crises, busca-se analisar a interação entre as forças políticas e o aparato constitucional, identificando os fatos e contextos (*process tracing*) correlacionados às hipóteses levantadas na pesquisa. Com base nessa análise, passam-se a extrair as premissas gerais que permitem compreender a relação entre constitucionalismo e democracia, mensurando até que ponto a Constituição serve como mecanismo de consolidação e estabilização democrática.

As fontes primárias utilizadas na pesquisa são documentos oficiais produzidos à época, especialmente atas, acórdãos e transcrições oficiais de cada crise no âmbito do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal (STF). Também servem como fontes primárias notícias descritivas produzidas pela mídia de grande circulação no período. Como fontes secundárias, utiliza-se material doutrinário.

Inicialmente serão analisadas as crises destacadas, identificados os fatos e contextos relevantes para a investigação e os principais pontos de interação constitucional, correlacionando-os às hipóteses aventadas na pesquisa. Em seguida, examina-se o peso do jogo de forças políticas e o papel da Constituição na estabilidade democrática. Por fim, extraem-se premissas gerais acerca do tema e estabelecem-se relações causais e contextuais entre constitucionalismo e democracia.

## **2 Os *impeachments* no Brasil pós-redemocratização**

### **2.1 *Impeachment* de Collor: contexto político e questões constitucionais relevantes**

Eleito em 1989, Fernando Collor de Mello foi o primeiro presidente após a redemocratização constitucional do Brasil, ocorrida com a promulgação da CRFB. Ex-deputado federal e governador de Alagoas, Collor

concorreu pelo partido nanico PRN (Partido da Reconstrução Nacional) e teve como um de seus adversários de campanha Luiz Inácio Lula da Silva. Com apenas 40 anos de idade, o jovem Presidente teve sua campanha marcada pelo discurso agressivo e de ruptura com a “política tradicional”, que tachava de corrupta e elitista.<sup>2</sup>

Lastreado na legitimidade eleitoral conferida pelo sistema presidencialista e no contexto hiperinflacionário da época, Collor aproveitou os primeiros quinze dias de mandato para lançar um pacote de medidas provisórias na área econômica. As medidas incluíam temas diversos como a privatização de estatais, a abertura externa da economia e o bloqueio de cadernetas de poupança e contas correntes para reduzir a liquidez da economia. As consequências dos denominados *Planos Collor* foram de extrema recessão econômica, embora com alguma eficácia na redução da inflação.

Aliadas ao difícil contexto econômico, a instabilidade do fragmentado sistema partidário – com o qual Collor evitou o diálogo, optando pelo isolamento em relação às bases institucionais que sustentaram sua candidatura – e as características comportamentais do Presidente<sup>3</sup> foram fatores que iniciaram o processo de desgaste político que culminaria no *impeachment*.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> Ficou famoso o discurso de Collor contra os “marajás”, que seriam funcionários públicos com altos vencimentos e benefícios exorbitantes. A revista *Veja* de 23/3/1988 anunciou na capa reportagem sobre o ainda governador de Alagoas, Fernando Collor de Mello, atribuindo-lhe o título de “Caçador de Marajás” (VEJA, 1988).

<sup>3</sup> A personalidade do Presidente foi fator marcante ao longo do mandato a ponto de alguns estudiosos apontarem as características pessoais do Presidente como uma razão proeminente para o *impeachment*. O acervo eletrônico do jornal *Folha de S.Paulo* traz o seguinte relato sobre o comportamento do Presidente: “Era comum assistir a exibições de Collor fazendo cooper, praticando esportes, dirigindo jato supersônico, subindo a rampa do Palácio do Planalto, comportamentos que exaltavam suposta jovialidade, arrojo, combatividade e modernidade. Todos expressos em sua notória frase ‘Tenho aquilo roxo’” (HISTÓRIA..., [2002?]).

<sup>4</sup> Sallum Junior e Casarões (2011) realizam importante análise acerca da literatura envolvendo o *impeachment* de

Contudo, o estopim para o início do processo de ruptura do mandato de Collor foi o escândalo oriundo da entrevista de seu irmão, Pedro Collor, à revista *Veja*, em que acusava o tesoureiro da campanha presidencial, Paulo César Farias, de articular um esquema de corrupção dentro do governo (LEMOS, c2009).

O aprofundamento das investigações e a incapacidade do Presidente de articular apoio parlamentar e popular levaram à instalação, pelos grupos opositores, de Comissão Parlamentar de Inquérito que concluiu pela incriminação de Collor. No campo popular, a manifestação de estudantes e de setores opositores agravou a situação do Presidente, que viu seu índice de popularidade reduzido a patamares mínimos (DATAFOLHA, 2013), sem condições de mobilizar forças sociais e políticas a seu favor.

O resultado dessa conjuntura foi a abertura do processo de *impeachment* pela Câmara dos Deputados em 29/9/1992, tendo sido o Presidente afastado de suas funções pelo Senado Federal em 2/10/1992 e condenado definitivamente à perda do mandato e inabilitação política em 30/12/1992.

Neste ponto, é interessante analisar o comportamento de Collor e a estabilidade constitucional, especialmente a partir de 29/9/1992, data em que foi notificado de seu afastamento pelo Senado Federal (LEIA..., 1992). Segundo notícia do jornal *Folha de S.Paulo* de 30/9/1992, Collor definiu que os próximos passos após a admissão do processo de *impeachment* pela Câmara seriam não renunciar, fazer sua defesa no Senado, não mudar para o Palácio da Alvorada, aceitar a decisão aprovada pela Câmara sem recorrer ao STF e facilitar ao máximo a transição para o governo provisório de Itamar Franco (COLLOR..., 1992).

---

Collor e concluem que realmente se tratou de um fenômeno multicausal. A redução da análise a uma única causa, como a personalidade política de Collor, deixa importantes lacunas em aberto.

Collor até decidiu pela formação de comissão de transição para o governo Itamar Franco. Percebe-se, assim, sua decisão em respeitar a institucionalidade do processo, aderindo às regras constitucionais de ruptura do mandato. Segundo alguns (LEON; MENDONÇA, 1992), tal comportamento traduzia a expectativa do Presidente de retornar ao mandato após os seis meses de afastamento decorrentes da instauração do processo no Senado Federal. De qualquer forma, Collor não optou pelo discurso da ruptura. Embora no célebre episódio dos “camisas pretas”<sup>5</sup> tenha buscado apoio popular contra os crescentes protestos, o Presidente evitou o discurso da insurreição constitucional. Preferiu atacar, genérica e abstratamente, forças opositoras ao seu governo, mantendo, contudo, o conflito dentro das fronteiras estabelecidas pela Constituição. Collor buscou o trabalho parlamentar e o oferecimento de apoios para escapar da condenação. Seu insucesso pode ser explicado de diversas formas, mas, no que diz respeito ao tema aqui explorado, o respeito às regras constitucionais que determinaram o encerramento de seu mandato foi uma marca importante da crise.

Neste ponto, cabe indagar qual teria sido a contribuição do sistema jurídico-constitucional para tornar esse resultado possível. Seria ingenuidade imaginar que a saída institucional alcançada foi resultado direto do compromisso abstrato de Collor com a democracia constitucional. Ainda que houvesse tal compromisso, parece evidente que a moderação no discurso e na conduta do Presidente está muito mais

---

<sup>5</sup> Em 13/8/1992, ainda no início da crise que resultaria no *impeachment*, Collor buscou reagir aos protestos que se intensificavam contra seu governo. Para tanto, fez um pronunciamento em rede nacional pedindo apoio à nação, conclamando a população a sair às ruas vestidas de verde e amarelo. No dia 16 de agosto, contudo, milhares de opositores, especialmente jovens estudantes, saíram às ruas vestindo roupa negra, em repúdio ao Presidente. Era um sinal claro de que ele já não tinha suporte popular (COLLOR..., 2015).

relacionada à impossibilidade prática de intensificar o conflito – não contava com suficiente apoio popular para tanto – do que a qualquer visão ideológica. Apesar disso, com certeza o processo de ruptura do mandato não teria transcorrido dentro da normalidade democrática se a Constituição não tivesse criado um *espaço institucional* para o desenvolvimento do conflito.

Ao estabelecer o processo de *impeachment* e situar seu desenvolvimento dentro da seara política, mas com limites jurídicos bem estabelecidos, a Constituição foi eficiente em criar um ambiente institucional no qual é possível *dosar a temperatura* dos conflitos subjacentes ao processo de ruptura do mandato. É importante ressaltar que o presidente sai com ampla vantagem para evitar o *impeachment*, pois dentro de um sistema presidencialista, em que há natural concentração de poder na figura do Executivo, ele conta com diversas ferramentas para evitar o alcance do qualificado quórum de 2/3 para abertura do processo.

Segundo uma linha argumentativa, a grande falha de Collor não foi propriamente a perda do suporte popular, mas sim a incapacidade de utilizar as ferramentas fornecidas pelo sistema presidencialista para superar a instabilidade política. Houve, no caso do Presidente, uma questão de *timing*, isto é, possivelmente o *impeachment* não teria ocorrido – ou, ao menos, teria enfrentado maior resistência – caso Collor, no início do mandato, quando contava com a legitimidade eleitoral, tivesse buscado a formação de uma base aliada sólida. Contudo, a personalidade conflitiva do Presidente e sua opção antissistema criaram uma armadilha da qual não conseguiu desvencilhar-se na crise, pois “quando ele teve condições políticas de superar a ‘fragmentação partidária’ para sustentar-se, não o fez e, ao revés, quando desejou fazê-lo, já não dispunha de poder para tanto” (SALLUM JUNIOR; CASARÕES, 2011, p. 183).

A incapacidade de Collor de lidar politicamente com o processo de *impeachment* fez com que fossem utilizados os limites jurídico-constitucionais e fosse invocada a intervenção do STF. Collor impetrou diversos mandados de segurança na Suprema Corte contra a tramitação do processo de *impeachment*. No Mandado de Segurança nº 21.564 (BRASIL, 1992a), o Presidente questionou ato do então presidente da Câmara dos Deputados, Ibsen Pinheiro, que estabeleceu regras para o procedimento de autorização do processo de *impeachment*. No Mandado de Segurança nº 21.623 (BRASIL, 1992b), Collor pleiteou a suspeição de senadores e questionou aspectos processuais. No Mandado de Segurança nº 21.689 (BRASIL, 1993), Collor atacou a resolução do Senado Federal que aplicou a pena de inelegibilidade, mesmo após a renúncia do Presidente.

O último mandado de segurança foi, talvez, o mais emblemático da judicialização do processo de *impeachment*. Premido pelas circunstâncias, na data de seu julgamento pelo Senado Federal, em 29/12/1992, Collor decide renunciar ao mandato por meio de uma carta que, lida pelo seu advogado no plenário do Senado, pleiteava a imediata extinção do processo de *impeachment*. Não obstante, o Senado decidiu pelo prosseguimento do julgamento, condenando o já ex-presidente à pena de inabilitação por 8 (oito) anos para o exercício de função pública. No julgamento do Mandado de Segurança, o STF reconheceu a validade da decisão do Senado, afirmando o caráter autônomo da sanção de inabilitação à função pública relativa à pena de perda do cargo.

Percebe-se, assim, que o sistema político-constitucional forneceu a arena institucional para relevantes discussões no decorrer do processo de ruptura do mandato. O Presidente fez uso de diversas armas legítimas para tentar extinguir ou interromper o processo, tendo obtido

algumas vitórias ao longo do percurso.<sup>6</sup> Na seção final, será avaliada a importância dessa arena institucional para a estabilização democrática no Brasil.

## 2.2 O *impeachment* de Dilma: contexto político e questões constitucionais relevantes

Dilma Vana Rousseff, a primeira mulher eleita presidenta do Brasil, exerceu seu primeiro mandato entre 2011 e 2014. Após vencer Aécio Neves em uma eleição caracterizada pela disputa acirrada – Dilma foi reeleita em 2014 com 51,64% dos votos válidos, contra 48,36% de Aécio –, assumiu o segundo mandato em um contexto econômico difícil. O Brasil amargava baixo crescimento no ano da eleição e ingressaria em recessão econômica nos anos de 2015 e 2016.<sup>7</sup>

Entretanto, a conjuntura que efetivamente abalou o segundo mandato de Dilma Rousseff foi a eclosão da Operação Lava Jato, deflagrada pela Polícia Federal em 2014. A operação trouxe para o centro do governo a pauta da corrupção, com a revelação da existência de sistemas de arrecadação de propinas e “caixa dois” envolvendo partidos políticos da base governista. A Lava Jato alcançou números expressivos: envolveu a instauração de mais de 300 inquéritos policiais, 178 ações penais, 553 denunciados, 174 condenados e R\$ 4,3 bilhões devolvidos aos cofres públicos (CASO..., 2021). A amplitude da operação demonstra que o sistema de corrupção extravasava o mandato de Dilma Rousseff e a base governista. Entretanto, a oposição partidária ao governo

<sup>6</sup> Por exemplo, o Presidente conseguiu ampliar o prazo de defesa de cinco para dez sessões por intermédio de vitória parcial no Mandado de Segurança nº 21.564 (REVERBEL, 2015).

<sup>7</sup> O Produto Interno Bruto brasileiro, principal referência para a análise de crescimento econômico, marcou decréscimo de 3,55% em 2015 e 3,31% em 2016, o que seria um dos combustíveis para a crise política instalada no governo Dilma (PIB..., 2021).

petista e movimentos suprapartidários<sup>8</sup> surgidos no contexto da pauta anticorrupção e antipetismo foram capazes de tornar a Lava Jato um problema do governo Dilma.

A atuação da máquina judicial responsável pela Lava Jato também foi decisiva para a intensificação da crise política no governo Dilma. O juiz federal Sérgio Moro, da 2ª Vara Federal de Curitiba, e o procurador chefe da força-tarefa do Ministério Público Federal para a Lava Jato, Deltan Dallagnol, ganharam protagonismo no noticiário nacional com o elevado número de medidas judiciais, especialmente prisões preventivas contra altos executivos do empresariado nacional, operadores financeiros (doleiros) e, claro, políticos e membros de partidos. Importantes figuras do Partido dos Trabalhadores (PT) foram alvo da operação, como o senador Delcídio do Amaral, o tesoureiro da campanha de Dilma, Edinho Silva, o ex-ministro da Casa Civil, Antonio Palocci, e o tesoureiro do partido, João Vaccari Neto.

Outro ingrediente que ainda se somaria à crise político-institucional do governo Dilma foi a perda de sua base parlamentar, ocasionada tanto pelo desempenho eleitoral em 2014 – o PT perdeu 18 deputados na Câmara dos Deputados nas eleições daquele ano (SIQUEIRA, 2014) – como pela perda da capacidade de articulação da Presidenta. A ascensão do deputado Eduardo Cunha (PMDB) à presidência da Câmara dos Deputados, conhecido por sua capacidade de interação com o denominado *Centrão*, também se tornaria um importante fato no histórico do *impeachment* de Dilma. O Centrão representaria um conjunto de partidos menores componentes do parlamento que, aliados sob uma pauta comum, têm capacidade de influenciar a governabilidade brasileira. O Centrão é uma característica do sistema político brasileiro, ao qual Abranches (1988) confere o nome de *presidencialismo de coalizão*.

O presidencialismo de coalizão surge de elementos marcantes da política brasileira pós-redemocratização, em especial da fragmentação partidária no parlamento e dos mecanismos de bloqueio estabelecidos na CRFB para a relação entre os Poderes.<sup>9</sup> Tais características condicionam

---

<sup>8</sup> Movimentos políticos suprapartidários alinhados à oposição ao governo petista tiveram papel de destaque na criação de condições políticas para o processo de *impeachment* de Dilma Rousseff. Tais movimentos souberam utilizar as redes sociais para divulgar sua pauta e organizar expressivas manifestações populares contra o governo, intensificadas no ano de 2016. Alguns desses movimentos, como o Movimento Brasil Livre (MBL), após o destaque que receberam no período pré-*impeachment*, decidiram dar o passo da *institucionalização*, lançando candidaturas de seus membros em partidos políticos que de alguma forma se alinhassem à pauta opositora ao governo petista. Ver Mohallem (2018).

<sup>9</sup> Denomino *mecanismos de bloqueio* os institutos jurídicos que permitem o controle recíproco entre os Poderes, exigindo a coordenação entre eles para a efetivação de políticas. O parlamento é especialmente privilegiado na Constituição em relação à atividade de bloqueio, uma vez que ele tem a primazia no processo legislativo e pode paralisar o governo no campo das políticas públicas.

a governabilidade à manutenção de uma base de apoio parlamentar. A perda desse apoio por Dilma e o domínio do Centrão por seu principal antagonista político, Eduardo Cunha – que posteriormente seria condenado por corrupção passiva no âmbito da Lava Jato – forneceram os ingredientes finais para o clima político necessário ao *impeachment*.

Contudo, faltava atender aos requisitos constitucionais, isto é, à configuração de crime de responsabilidade por parte da Presidenta Dilma. Os juristas Hélio Bicudo, Miguel Reale Jr. e Janaína Paschoal foram responsáveis por redigir o pedido de *impeachment* que atribuiria a Dilma o cometimento de “pedaladas fiscais”, que seriam manobras contábeis usadas para maquiagem de gastos além dos limites legais. Também constaram do pedido outros ilícitos orçamentários consistentes na abertura de créditos suplementares sem autorização do Congresso Nacional.<sup>10</sup>

O pedido foi aceito por Eduardo Cunha em 2/12/2015, sendo instalada comissão especial na Câmara para análise das denúncias. O parecer favorável da comissão à abertura do processo foi votado pelo plenário da Câmara dos Deputados em 17/4/2016 e aprovado por 342 votos. Em 12/5/2016, o Senado autorizou a abertura do processo de *impeachment* na Casa e determinou o afastamento da Presidenta pelo período de até 180 dias. O julgamento definitivo ocorreu em 31/8/2016: Dilma foi condenada à perda do cargo, mas manteve seus direitos políticos.

Assim como se destacou em relação ao *impeachment* de Collor, a ruptura do mandato de Dilma parece ter múltiplas causas, sendo o tema da corrupção, talvez, a mais colateral entre as possíveis. Dilma não foi pessoalmente denunciada na Lava Jato e mesmo os crimes de responsabilidade que lhe foram apontados – relacionados a desvios orçamentários – não indicavam qualquer proveito pessoal à Presidenta. É mais verossímil que Dilma tenha caído em razão da articulação das forças oposicionistas – tanto institucionais quanto populares –, que souberam aproveitar a fragilidade política do governo petista e a situação econômica desfavorável.

Similarmente a Collor, Dilma não adotou o discurso de rompimento democrático. Seu comportamento ao longo do processo foi de denunciar um “golpe parlamentar” e acusar oposicionistas de buscar a quebra da legitimidade democrática do governo por intermédio de mecanismos institucionais. Em seu discurso após o *impeachment*, Dilma acusou os senadores que votaram a favor de “rasgar a Constituição” e de cometer um “golpe de Estado”, além de imputar às “forças conservadoras” e à “imprensa facciosa” a responsabilidade pelo “golpe parlamentar” (DILMA..., [2016]).

---

<sup>10</sup> Ver texto do pedido de *impeachment* em Bicudo, Reale Junior e Paschoal (2015).

Ressalta-se, todavia, que Dilma atuou dentro dos limites institucionais, oferecendo sua defesa perante o Senado Federal e provocando o STF diversas vezes ao longo do processo. Merece destaque a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378 (BRASIL, 2015), em que o STF definiu diversos pontos do rito do processo de *impeachment*. Nesse julgado, o STF estabeleceu que a Câmara apenas confere autorização para a abertura do processo, cabendo ao Senado fazer juízo inicial de instalação ou não do procedimento. A partir desta última decisão é que seria possível o afastamento da Presidenta.

No Mandado de Segurança nº 34.441, impetrado por Dilma, o ministro Teori Zavascki negou a liminar em que se buscava suspender os efeitos da decisão do Senado que condenou a Presidenta e a afastou do cargo. O argumento central do ministro para negar a liminar foi a manutenção da estabilidade política brasileira<sup>11</sup>, já que as questões levantadas por Dilma somente poderiam ser conhecidas caso ficasse cabalmente demonstrado o risco de “gravíssimos danos às instituições, ou à democracia ou, enfim, ao estado de direito” (BRASIL, 2016, p. 37).

Portanto, Dilma travou sua luta contra o processo de ruptura do mandato por intermédio dos mecanismos constitucionais existentes. Não procurou mecanismos de quebra democrática e aceitou os resultados gerados pelo sistema

---

<sup>11</sup> Vale destacar trecho em que o ministro releva sua preocupação: “Após cerca de 9 meses, o processo de *impeachment* foi concluído pelo Senado Federal, tendo este, por quórum de mais de 2/3 de seus membros, decidido pela procedência da denúncia, em decisão revestida de presunção de legitimidade. É preciso também considerar que, enquanto a possibilidade de exame de parte das impugnações enunciadas neste mandado de segurança é altamente controversa, dúvidas não há sobre as avassaladoras consequências que uma intervenção judicial volúvel poderia gerar no ambiente institucional do País, que atravessa momentos já tão dramáticos do seu destino coletivo. Seriam também enormes as implicações para a credibilidade das instituições brasileiras no cenário mundial promover, mais uma vez – e agora por via judicial – alteração substantiva e brusca no comando da Nação” (BRASIL, 2016, p. 37).

institucional, ainda que com acusações de injustiça e golpe de Estado. Novamente, questiona-se o que explica o comportamento da ex-presidenta e qual o papel da Constituição para esse resultado.

À época do *impeachment*, Dilma estava com baixa popularidade e enfrentava contexto político-econômico desfavorável, mas o PT tinha elevada difusão em movimentos populares e estrutura capaz de pressionar o ambiente político contra os resultados do ambiente institucional. Ao menos em tese, seria possível que Dilma e o PT aumentassem a temperatura política, convocando mobilizações de resistência e enfrentamento institucional. Algumas hipóteses podem explicar por que não foi essa a opção. Dentre elas, merece destaque as que se relacionam diretamente ao mecanismo constitucional.

A primeira hipótese diz respeito ao risco de “autofagia” que eventual resistência institucional representaria para o PT. O partido surgiu no contexto da redemocratização brasileira e foi um dos protagonistas na Assembleia Nacional Constituinte.<sup>12</sup> Na linha do argumento de Corrales (2018), a Constituinte brasileira de 1988 foi de baixa assimetria, ou seja, a oposição foi capaz de mobilizar a participação popular e equilibrar as forças com as forças políticas tradicionais. A Assembleia Nacional Constituinte teve como uma de suas marcas iniciais a fragmentação do poder, o que permitiu relativo protagonismo do PT e dos movimentos sociais e populares com os quais mantinha vínculos (BRANDÃO, 2012).

Embora o PT tenha votado contra o texto aprovado – o que teve caráter mais simbólico do que prático, uma vez que o partido assinaria o texto final –, os constituintes petistas manifestaram preocupação em “legitimar o processo

---

<sup>12</sup> O PT contou com 16 deputados constituintes e tinha importante representação nos movimentos operários e em meios progressistas da classe média, especialmente nas grandes capitais (QUEIROZ, 2018).

constitucional do qual havia[m] participado ativamente” (O PT..., 2018). Além disso, a CRFB criou o ambiente político-institucional necessário para que o partido, com a vitória de Luiz Inácio Lula da Silva nas eleições presidenciais de 2002, ascendesse ao poder em 2003 e se mantivesse no governo até 2016, quando Dilma sofreria o *impeachment* em seu segundo mandato.

Fica claro que o PT poderia incidir em verdadeira *autofagia* institucional caso, diante da ruptura do mandato, elevasse a tensão ao ponto de uma quebra democrática. O partido não teria capacidade de controlar os resultados desse tensionamento e correria riscos de um eventual rompimento da democracia constitucional inviabilizar sua sobrevivência no jogo político. Portanto, o cenário viável para o PT foi aderir aos resultados do processo de ruptura, reassumindo seu papel na oposição política.

Outra hipótese – não excludente da anterior – que explica a manutenção democrática no *impeachment* de Dilma é o já afirmado em relação ao caso Collor: a capacidade do sistema constitucional de estabelecer uma arena institucional para o conflito político. Assim como Collor, Dilma buscou utilizar os mecanismos constitucionais existentes para exercer sua defesa e impedir o *impeachment*. Além da mobilização das forças parlamentares governistas, Dilma recorreu ao arbitramento judicial do processo no STF e obteve vitórias relevantes, como algumas definições procedimentais na ADPF nº 378 a favor da defesa (BRASIL, 2015).

No âmbito institucional, Dilma também obteve vitória fundamental no julgamento pelo Senado Federal: conseguiu excluir a condenação à inabilitação para o exercício de função pública pelo prazo de oito anos. O presidente do julgamento no Senado, ministro Ricardo Lewandowski, aceitou requerimento do PT para que o julgamento fosse realizado em duas etapas, deliberando separadamente sobre a perda do cargo e a inabilitação para a função pública, o que contraria o texto expresso do art. 52, parágrafo único, da CRFB (BRASIL, [2021]). Embora o texto constitucional utilize a conjunção aditiva *e*, que confere o sentido de cumulatividade às sanções, a aceitação do procedimento pelo ministro Lewandowski atribuiu a elas alternatividade. Ao final, Dilma foi condenada à perda do cargo por 61 votos e absolvida da inabilitação à função pública por 42 votos.

Assim, ainda que Dilma e seus aliados tenham qualificado como golpe à democracia o *impeachment* de 2016, adotaram o caminho de cumprir as regras institucionais. Tal opção foi determinante para que o Brasil atravessasse mais esse período de intensa crise política sem quebra da democracia constitucional. No tópico a seguir, condensam-se as contribuições que a Constituição trouxe à estabilização democrática nesses dois episódios.

### 3 Linhas conclusivas: o papel da Constituição na estabilização democrática nas crises dos *impeachments*

Após a análise dos casos dos *impeachments* de Collor e Dilma, é possível voltar à pergunta central que guiou este estudo. A Constituição foi o fator predominante para a estabilização democrática ao estabelecer as condições institucionais para que processos de ruptura de mandato – que são as crises políticas mais intensas em um sistema presidencialista – fossem superados sem a quebra da fórmula democrática? Ou a estabilização democrática decorre da conjuntura política e do equilíbrio de forças entre situação e oposição, sendo o sistema constitucional um dos fatores endógenos que se adaptam e colaboram na solução da crise política sem sacrificar a democracia?

Os casos Collor e Dilma fornecem respostas ambivalentes, mas do ponto de vista da *causalidade*, em um método de *process tracing*<sup>13</sup>, a segunda hipótese é a correta. Em outras palavras, ao menos nas duas crises políticas mais intensas desde a redemocratização, a manutenção da fórmula democrática no Brasil decorreu da conjuntura política e do relativo equilíbrio de forças entre governistas e oposição. Não obstante, é possível concluir também que o sistema constitucional forneceu as condições institucionais ideais para que a crise fosse superada sem quebra do regime democrático.

O primeiro argumento consiste na identificação de que a crise política que leva à ruptura do mandato se instala em decorrência da perda de suporte político do presidente não apenas em relação à sua popularidade, mas principalmente em relação à sua capacidade de manejar os instrumentos do presidencialismo de coalizão. Independentemente do escândalo político enfrentado pelo presidente, o sistema autoriza a criação do que Pérez-Liñán (2007) chama de *escudo legislativo*.<sup>14</sup> As acusações de corrupção enfrentadas por Collor e Dilma não foram inéditas na política brasileira, tampouco as de maiores proporções enfrentadas por governos

---

<sup>13</sup> *Process tracing* é uma metodologia de pesquisa qualitativa que, com base na análise de casos, busca identificar relações causais na sucessão de fenômenos. Segundo Collier (2011, p. 823, tradução nossa), consiste no “sistemático exame de evidências selecionadas e analisadas à luz de perguntas e hipóteses de pesquisa estabelecidas pelo investigador”. No original: “it is defined as the systematic examination of diagnostic evidence selected and analyzed in light of research questions and hypotheses posed by the investigator”.

<sup>14</sup> “Não importa o desenho constitucional, se o presidente é capaz de manter o controle sobre o Congresso, sua retirada é virtualmente impossível. O grau de apoio legislativo necessário para prevenir o início de um processo de *impeachment* é, portanto, determinado pelo quórum necessário para a decisão de cada casa legislativa” (PÉREZ-LIÑÁN, 2007, tradução nossa). No original: “No matter the constitutional framework, if the president is able to keep control over Congress, his or her constitutional removal is virtually impossible. The degree of legislative support necessary to prevent the initiation of an impeachment or the president’s removal from office is therefore determined by the decision threshold required for each intervening chamber”.

brasileiros. Assim, um ponto comum que aproxima os dois presidentes foi o fato de que eles perderam o suporte parlamentar necessário para bloquear o prosseguimento do *impeachment*.

O quórum qualificado de três quintos, estabelecido tanto para o juízo de admissibilidade pela Câmara quanto para o julgamento pelo Senado, e o leque de poderes que o presidencialismo oferece ao chefe do Executivo são “soluções institucionais” que, se bem utilizadas pelo presidente, inviabilizam qualquer tentativa de *impeachment*. Na análise dos custos de “gerência da coalizão” no presidencialismo brasileiro, Bertholini e Pereira (2017, p. 547) apontam aquela que parece ter sido a principal falha no governo Dilma e que levou ao resultado do *impeachment*: a incapacidade de realizar o “dever de casa” de montar coalizões com um menor número de parceiros, ideologicamente homogêneas, sem compartilhar poder de forma proporcional com seus aliados.

É a conjuntura política, portanto, que determina o desenvolvimento da crise e será ela também que determinará o seu resultado. A ocorrência das *condições institucionais* para o *impeachment*, ou seja, o cometimento de crime de responsabilidade pelo presidente nos termos da Constituição, situa-se como causa colateral, insuficiente e contingente para a ruptura do mandato. De fato, o sistema brasileiro permite um *impeachment sem crime de responsabilidade do presidente* e convive com *crimes de responsabilidade sem impeachment*.

Assim, a intensa instabilidade política de um processo de ruptura do mandato – que em extremos pode levar à quebra democrática – é criada e resolvida pelo processo de equilíbrio entre forças políticas dentro do presidencialismo de coalizão característico do sistema brasileiro. As ferramentas institucionais, especialmente a Constituição, ingressam como fatores endógenos ao processo, com capacidade de impactar e estabilizar os conflitos, mas sem aptidão para limitar e solucionar a crise política.

O segundo argumento que sustenta a conclusão de que é a conjuntura política que determina a estabilização democrática vem da identificação de que os atores políticos tradicionais, ainda que em cenários de tensão, evitarão o caminho do colapso da democracia. Trata-se do argumento já oferecido na análise do caso Dilma, que considerou o risco de *autofagia* que o PT correria caso aumentasse a tensão a extremos incontroláveis na resistência ao *impeachment*.

A redemocratização constitucional do Brasil em 1988 consolidou o multipartidarismo e as estruturas necessárias para a consolidação do presidencialismo de coalizão. É exatamente neste *habitat* que surgiram e cresceram os *players* políticos que regem a vida política nacional desde então. A ruptura com tal modelo pelos próprios atores que o criaram e vivenciam significaria exercício de autofagia de elevado risco. A tentativa

de quebra de modelo político cria riscos de difícil controle e pode levar a resultados não previstos por aqueles que deflagram o movimento.

Como observou Stepan (2015, p. 148, tradução nossa) em relação à última quebra do regime democrático ocorrida no Brasil, em 1964, no “colapso de qualquer regime democrático, as atitudes e crenças dos defensores e da oposição leal ao regime importam mais do que as crenças e ações da oposição desleal”. Stepan (2015, p. 148) relata que, nas vésperas do golpe de 1964, os atores mais habilitados a defender o regime, os presidentes Jânio Quadros e João Goulart, mostravam pessimismo acerca das chances de o sistema democrático funcionar efetivamente, sendo possível argumentar que eles estavam trabalhando mais pela tentativa de mudar o regime que de alcançar ganhos limitados dentro do regime então existente.

O argumento de Stepan é de que uma das causas do golpe militar foi exatamente a sensação generalizada de que o regime político estava condenado. Previsto ou não pelos atores civis, o golpe militar surgiu no contexto de descrédito com a democracia e sua falta de defesa pelas forças políticas que nela se legitimaram. O comportamento dos atores políticos nos casos Collor e Dilma pode ser explicado nesse contexto. Ao evitar o discurso de resistência e ruptura institucional, políticos e partidos envolvidos nos *impeachments* garantiram tanto a própria sobrevivência quanto a resiliência democrática.

Finalmente cabe analisar o papel desempenhado pela Constituição na manutenção democrática diante das duas crises políticas do *impeachment*. O argumento conclusivo é que a Constituição não é *causa* da estabilização democrática, ou seja, ela não tem a capacidade de evitar a quebra de regime. A Constituição é um fator endógeno ao processo político, não sendo capaz de condicioná-lo. Contudo, tal conclusão não impede que se reconheça a importância do

sistema constitucional como *condição institucional para a estabilização democrática*.

Qualificar a Constituição dessa maneira justifica-se por dois argumentos principais, já referidos neste artigo. O primeiro é que a Constituição estabelece as *regras do jogo democrático*. Em trabalho que analisa o fenômeno da transição democrática, Linz e Stepan (1996, p. 5) definem que a democracia estará consolidada quando ela se torna o “único jogo da cidade” (*the only game in town*). Deduz-se, assim, que a Constituição é elemento-chave para consolidar a democracia, pois ela estabelece a arena para o desenvolvimento dos conflitos políticos e torna-se a única fonte para a solução de tais conflitos (LINZ; STEPAN, 1996, p. 5).

A opção pelo *impeachment* como mecanismo de solução para crises políticas intensas é, pois, uma manifestação da influência da Constituição no afastamento da quebra democrática. Ainda que os presidentes afastados argumentem terem sido vítimas de “forças conservadoras” ou “golpe parlamentar” e afirmem que a democracia foi violada, nenhum deles optou pelo discurso de resistência institucional e se mantiveram atuantes na vida política do País.<sup>15</sup>

O segundo argumento de relevo para qualificar a Constituição como uma condição institucional para a democracia é que o constitucionalismo insere na trama política outros atores que não os naturais da arena eleitoral. No âmbito do Estado constitucional democrático, além dos tradicionais atores da contenda política, haverá normas assegurando direitos de participação a outros grupos e organizações. Ao assegurar direitos como a liberdade de reunião e informação, a Constituição dificulta a concentração do poder político em uma única fonte. O amplo usufruto

<sup>15</sup> Fernando Collor de Mello exerce mandato no Senado Federal desde 2007 até a atualidade, e Dilma Vana Rousseff foi candidata a senadora pelo estado de Minas Gerais nas eleições de 2018.

de liberdade que o sistema constitucional permite fortalece o pluralismo e aumenta o compromisso democrático.

Assim, a Constituição cria as condições para que a democracia fortaleça sua *legitimidade social*. Diamond (1999, p. 67) analisa três importantes esferas sociais em que a democracia deve tornar-se um consenso: *massas*, *intermediários* e *elite*.<sup>16</sup> Nas três esferas, a maioria dos atores deve ser leal à democracia, e a minoria os que buscam subvertê-la. A Constituição funciona como motor para que esses grupos, especialmente as massas e os intermediários – uma vez que as elites políticas contam com meios de atuação que podem contornar as regras institucionais –, desenvolvam suas atividades e impactem o processo político.

Acrescente-se que o constitucionalismo é a fonte da separação de Poderes e da criação da figura do Judiciário como força política. Embora Gargarella (2011) e outros imputem ao controle judicial da esfera política caráter antidemocrático por permitir o domínio de elites sobre interesses populares, é difícil negar que o papel político<sup>17</sup> assumido pelas cortes superiores no Estado constitucional<sup>18</sup> serve como salvaguarda para tentativas de subversão do regime democrático.

Em ambos os casos de ruptura dos mandatos analisados, observa-se que o STF atuou como árbitro do conflito. Evitando ingressar no mérito da discussão de fundo – nunca analisou a existência ou não de crime de responsabilidade, atribuindo tal função exclusivamente ao parlamento –, a Suprema Corte brasileira se manteve próxima ao conflito, estabelecendo procedimentos e fixando limites à estratégia de cada lado. O voto do ministro Teori Zavascki, ao negar a anulação da decisão do Senado Federal no *impeachment* de Dilma com fundamento na necessidade de manter a “credibilidade das instituições brasileiras no cenário mundial” (BRASIL, 2016), elucida bem o que aqui se afirma: no constitucionalismo democrático, o Judiciário é parte da trama política, inclusive com argumentos essencialmente políticos.

Em linhas conclusivas, pode-se afirmar que a democracia é sustentada por um complexo equilíbrio entre forças políticas, e a Constituição é um dos elementos que colabora com esse equilíbrio. A resiliência é uma característica democrática, como bem identificou Runciman (2018). Mesmo em democracias recentes como a brasileira e, ainda que diante de crises políticas intensas a ponto de romper um mandato presidencial, o regime

---

<sup>16</sup> Entende-se por intermediários o campo dos partidos políticos, dos grupos de interesse e das organizações civis.

<sup>17</sup> Por papel político entende-se aqui a função de controle de constitucionalidade (*judicial review*), que tem inegável dimensão política. Portanto, esse argumento não se relaciona com o fenômeno da judicialização da política, que extravasaria os limites constitucionais do Judiciário.

<sup>18</sup> Acerca do papel político das cortes constitucionais, ver Dahl (2017).

democrático é capaz de adaptar-se e encontrar soluções que lhe permitam sobrevida. Foi o que ocorreu no Brasil com os *impeachments* de Collor e Dilma. Evidentemente é possível discutir sobre a *justiça* dos processos – o que não é objeto deste estudo –, mas é consistente a conclusão de que a saída institucional fornecida pela Constituição foi acolhida como a única possível pelos atores políticos envolvidos, o que é um inegável sintoma de estabilização democrática.

## Sobre o autor

Bruno César Lorencini é doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; doutor em Direito Administrativo, Financeiro e Processual pela Universidade de Salamanca, Salamanca, Espanha; *visiting scholar* na Universidade de Columbia, Columbia, EUA; pós-doutorando em Direito do Estado na USP, São Paulo, SP, Brasil; professor de Direito Constitucional e Ciência Política na Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil; professor do programa de pós-graduação (mestrado e doutorado) em Direito Constitucional Econômico da Universidade Alves Faria, Goiânia, GO, Brasil; juiz federal, Guarulhos, SP, Brasil.  
E-mail: bclorencini@gmail.com

Trabalho apresentado como resultado da pesquisa desenvolvida no programa de pós-doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (projeto nº 218.612), sob orientação da profª. Dra. Monica Herman Salem Caggiano.

## Como citar este artigo

(ABNT)

LORENCINI, Bruno César. Os *impeachments* de Collor e Dilma e o papel da Constituição na estabilização democrática brasileira. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 59, n. 234, p. 161-178, abr./jun. 2022. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/234/ril\\_v59\\_n234\\_p161](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/234/ril_v59_n234_p161)

(APA)

Lorencini, B. C. (2022). Os *impeachments* de Collor e Dilma e o papel da Constituição na estabilização democrática brasileira. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 59(234), 161-178. Recuperado de [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/234/ril\\_v59\\_n234\\_p161](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/234/ril_v59_n234_p161)

## Referências

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-34, 1988.

ALVAREZ, Mike; CHEIBUB, José Antonio; LIMONGI, Fernando; PRZEWORSKI, Adam. Classifying political regimes. *Studies in Comparative International Development*, [s. l.], v. 31, n. 2, p. 3-36, June 1996. DOI: <https://doi.org/10.1007/BF02719326>.

BERTHOLINI, Frederico; PEREIRA, Carlos. Pagando o preço de governar: custos de gerência de coalizão no presidencialismo brasileiro. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 528-550, jul./ago. 2017. DOI: <https://doi.org/10.1590/0034-7612154969>. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/71171>. Acesso em: 31 jan. 2022.

BICUDO, Hélio Pereira; REALE JUNIOR, Miguel; PASCHOAL, Janaina Conceição. [Pedido de impeachment de Dilma Vana Rousseff]. [S. l.: s. n.], 2015. Disponível em: <http://ep00.epimg.net/descargables/2015/12/03/753f58eed8d66adf4ad11129cb833401.pdf>. Acesso em: 1º fev. 2022.

BRANDÃO, Lucas Coelho. *Os movimentos sociais e a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988: entre a política institucional e a participação popular*. 2011. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/td-16082012-125217/pt-br.php>. Acesso em: 31 jan. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 1º fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Segurança 21.564/DF*. Constitucional. “Impeachment”. Processo e julgamento: Senado Federal. Acusação: admissibilidade: Câmara dos Deputados. Defesa. Provas: instância onde devem ser requeridas. Voto secreto e voto em aberto. Recepção pela CF/88 da norma inscrita no art. 23 da Lei 1079/50. Revogação de crimes de responsabilidade pela EC 4/61. Repristinação expressa pela EC n. 6/63 [...]. Impetrante: Fernando Affonso Collor de Mello. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Octavio Gallott. Relator para o acórdão: Min. Carlos Velloso, 23 de setembro de 1992a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85552>. Acesso em: 1º fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Segurança 21.623/DF*. Constitucional. “Impeachment”: na ordem jurídica americana e na ordem jurídica brasileira. O “impeachment” e o “due process of law”. Impedimento e suspeição de senadores. Alegação de cerceamento de defesa. Constituição Federal, art. 51, I; art. 52, I, parágrafo único; artigo 85, parag. único; art. 86, § 1º, II, § 2º; Lei nº 1.079, de 1950, artigo 36; artigo 58; artigo 63 [...]. Impetrante: Fernando Affonso Collor de Mello. Impetrado: Presidente do Supremo Tribunal Federal e do processo de “impeachment”. Relator: Min. Carlos Velloso, 17 de dezembro de 1992b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85565>. Acesso em: 1º fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Mandado de Segurança 21.689/DF*. Constitucional. “Impeachment”. Controle judicial. “Impeachment” do presidente da República. Pena de inabilitação para o exercício de função pública. C.F., art. 52, parágrafo único. Lei nº 27, de 07.01.1892; Lei nº 30, de 08.01.1892. Lei nº 1.079, de 1950 [...]. Impetrante: Fernando Affonso Collor de Mello. Impetrado: Senado Federal. Relator: Min. Carlos Velloso, 16 de dezembro de 1993. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85587>. Acesso em: 1º fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.441/DF*. Impetrante: Dilma Vana Rousseff. Impetrados: Presidente do Senado Federal; Presidente do Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Teori Zavascki, 20 de outubro de 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310585765&text=.pdf>. Acesso em: 1º fev. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 378/DF*. Ação de descumprimento de preceito fundamental. Processo de impeachment. Definição da legitimidade constitucional do rito previsto na Lei nº 1.079/1950. Adoção, como linha geral, das mesmas regras seguidas em 1992.

Cabimento da ação e concessão parcial de medidas cautelares. Conversão em julgamento definitivo [...]. Requerente: Partido Comunista do Brasil. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Edson Fachin. Redator do acórdão: Min. Roberto Barroso, 17 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308870644&text=.pdf>. Acesso em: 1<sup>a</sup> fev. 2022.

CASO Lava Jato: resultados. *Ministério Público Federal*, Brasília, DF, 24 ago. 2021. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>. Acesso em: 1<sup>a</sup> fev. 2022.

COLLIER, David. Understanding process tracing. *Political Science and Politics*, [s. l.], v. 44, n. 4, p. 823-830, Oct. 2011. DOI: <https://doi.org/10.1017/S1049096511001429>. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/ps-political-science-and-politics/article/understanding-process-tracing/183A057AD6A36783E678CB37440346D1>. Acesso em: 31 jan. 2022.

COLLOR fez convocação em 1992 e impulsionou *impeachment*. *O Globo*, Rio de Janeiro, 3 set. 2015. Política. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/collor-fez-convocacao-em-1992-impulsionou-impeachment-17399532>. Acesso em: 1<sup>a</sup> fev. 2022.

COLLOR forma comissão para transição. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, ano 72, n. 23.191, 30 set. 1992. Brasil, p. 5. Disponível em: <https://acervo.folha.com.br/leitord.do?numero=11832&anchor=5815159&origem=busca&originURL=&pd=f5510142ba75221f2c0c00f9ccdbccf>. Acesso em: 1<sup>a</sup> fev. 2022.

CORRALES, Javier. *Fixing democracy: why constitutional change often fails to enhance democracy in Latin America*. New York: Oxford University Press, 2018.

DAHL, Robert A. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. In: BELLAMY, Richard (ed.). *Constitutionalism and democracy*. London: Routledge, 2017. (The International Library of Essays in Law and Legal Theory Second Series).

DATAFOLHA. *Metodologia – avaliação governo Collor – 1992*. São Paulo: Datafolha, 2013. Disponível em: [http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2013/05/02/aval\\_pres\\_01061992.pdf](http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2013/05/02/aval_pres_01061992.pdf). Acesso em: 1<sup>a</sup> fev. 2022.

DIAMOND, Larry. *Developing democracy: toward consolidation*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1999.

DILMA Rousseff faz pronunciamento após votação final do *impeachment*. [S. l.: s. n., 2016]. 1 vídeo (ca. 11 min). Publicado pelo canal TV Brasil. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=gKkpe53jaPk>. Acesso em: 1<sup>a</sup> fev. 2022.

GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011. (Pensamiento Jurídico Contemporáneo, n. 3). Disponível em: [http://bivice.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/La\\_justicia\\_frente\\_al\\_gobierno\\_3/La\\_justicia\\_frente\\_al\\_gobierno\\_3.pdf](http://bivice.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/La_justicia_frente_al_gobierno_3/La_justicia_frente_al_gobierno_3.pdf). Acesso em: 31 jan. 2022.

HISTÓRIA – 1990 – Fernando Collor de Mello. *Folha online*, [São Paulo, 2002?]. Eleições 2002. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/especial/2002/eleicoes/historia-1990.shtml>. Acesso em: 1<sup>a</sup> fev. 2022.

LEIA a íntegra da notificação do Senado a Collor. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, ano 72, n. 23.191, 30 set. 1992. Brasil, p. 5. Disponível em: <https://acervo.folha.com.br/leitord.do?numero=11832&anchor=5815159&origem=busca&originURL=&pd=f5510142ba75221f2c0c00f9ccdbccf>. Acesso em: 1<sup>a</sup> fev. 2022.

LEMONS, Renato. COLLOR, Fernando. In: FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil. *Dicionário histórico-biográfico brasileiro*. Rio de Janeiro: FGV, CPDOC, c2009. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/collor-fernando>. Acesso em: 1<sup>a</sup> fev. 2022.

LEON, Flávia de; MENDONÇA, Chico. Presidente diz confiar em “besteiras” de Itamar para voltar ao Planalto. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, ano 72, n. 23.191, 30 set. 1992. Brasil, p. 4. Disponível em: <https://acervo.folha.com.br/leitord.do?numero=11832&anchor=5815159&origem=busca&originURL=&pd=f5510142ba75221f2c0c00f9ccdbccf>. Acesso em: 1<sup>a</sup> fev. 2022.

LINZ, Juan J.; STEPAN, Alfred. *Problems of democratic transition and consolidation: southern Europe, South America, and post-communist Europe*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1996.

MOHALLEM, Michael Freitas. Das redes às urnas: o avanço dos novos movimentos suprapartidários. *Interesse Nacional*, São Paulo, ano 10, n. 40, p. 11-21, fev./abr. 2018. Disponível em: <https://interessenacional.com.br/edicao/edicao-40/>. Acesso em: 1º fev. 2022.

O PT no processo constituinte. *Fundação Perseu Abramo*, [São Paulo], 7 dez. 2018. Disponível em: <https://fpabramo.org.br/csbh/o-pt-no-processo-constituente/>. Acesso em: 1º fev. 2022.

PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. *Presidential impeachment and the new political instability in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2007. *E-book*. (Cambridge Studies in Comparative Politics).

PIB do Brasil: histórico e evolução em gráficos. *Gazeta do Povo*, [s. l.], 3 mar. 2021. Disponível em: <https://infograficos.gazetadopovo.com.br/economia/pib-do-brasil/>. Acesso em: 1º fev. 2022.

QUEIROZ, Pedro Henrique Gomes de. PT constituinte: uma análise da atuação petista pelas teses progressistas da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88. In: SEMINÁRIO FESPSP “NA ENCRUZILHADA DA DEMOCRACIA: INSTITUIÇÕES E INFORMAÇÃO EM TEMPOS DE MUDANÇA”, 7., 2018, [s. l.]. [Anais]. [S. l.]: FESPSP, 2018. p. 1-22. Disponível em: [https://www.fesp.org.br/seminarios/anaisVII/GT\\_10/Pedro\\_Gomes.pdf](https://www.fesp.org.br/seminarios/anaisVII/GT_10/Pedro_Gomes.pdf). Acesso em: 1º fev. 2022.

REVERBEL, Paula. Em 1992, *impeachment* de Collor também foi judicializado no STF. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 4 dez. 2015. Poder. Disponível em: <https://m.folha.uol.com.br/poder/2015/12/1714735-em-1992-impeachment-de-collor-tambem-foi-judicializado-no-stf.shtml>. Acesso em: 1º fev. 2022.

RUNCIMAN, David. *The confidence trap: a history of democracy in crisis from World War I to the present*. Revised ed. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2018.

SALLUM JUNIOR, Brasílio; CASARÕES, Guilherme Stolle Paixão e. O *impeachment* do presidente Collor: a literatura e o processo. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 82, p. 163-200, 2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/nF5QWr93FX3GFBf8yXsPWGS/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 1º fev. 2022.

SIQUEIRA, Carol. Com base menor, novo governo Dilma ficará mais dependente de outros partidos. *Agência Câmara de Notícias*, Brasília, DF, 29 dez. 2014. Política e Administração Pública. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/443728-com-base-menor-novo-governo-dilma-ficara-mais-dependente-de-outros-partidos/>. Acesso em: 1º fev. 2022.

STEPAN, Alfred. *The military in politics: changing patterns in Brazil*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2015. *E-book*. (Princeton Legacy Library, 1.795).

VEJA. São Paulo: Ed. Abril, ano 20, n. 12, 23 mar. 1988.

# Herança jurídica portuguesa e identidade nacional

Apontamentos sobre o primeiro projeto de lei apresentado na Assembleia Constituinte de 1823

BISTRA STEFANOVA APOSTOLOVA

**Resumo:** O presente artigo discute as origens do Direito brasileiro, que começa a ser formulado após a Independência de 1822. Dá-se destaque à Lei de 20 de outubro de 1823, elaborada pela Assembleia Constituinte, cujo propósito era recepcionar a legislação portuguesa do Antigo Regime. O principal objetivo consiste em examinar os debates em torno dessa Lei e analisá-la no contexto da construção do Estado, da Nação e do Direito nacional. Objeções à Lei, em especial quanto ao caráter estrangeiro e antigo da legislação adotada, apareceram em 1826, com a reabertura da Assembleia Geral, quando o sentimento patriótico se fortalece e se materializa na ideia de que a nação detém não apenas um significado político mas também cultural. Nesse novo contexto, chama atenção o papel atribuído à criação legislativa no processo de constituição de uma identidade própria para a nação, função que não teve efeitos práticos imediatos.

**Palavras-chave:** recepção da legislação portuguesa; debates parlamentares (1823-1826); identidade nacional.

## Portuguese legal heritage and national identity: notes on the first bill presented at the Constitutional Assembly (1823)

**Abstract:** This article discusses the origins of the Brazilian law elaborated after the Independence in 1822. The Act of October 20, 1823, made by the Constitutional Assembly, whose intention was to accept the Portuguese legislation of the Ancient Regime, is highlighted. The aim of the research is to examine the debates about this law and to analyze them in the context of the State and nation formation process. Objections to this legislation, especially regarding its foreign and outdated character, appeared in 1826,

Recebido em 8/11/21  
Aprovado em 3/3/22

with the reopening of the General Assembly. At that time, the patriotic feeling strengthened and materialized in the idea that the nation had not only a political meaning but also cultural. In this new context, the attention is focused on the role the legislative creation plays in building the national identity. However, this function did not have immediate practical effects.

**Keywords:** adoption of the Portuguese legislation; parliamentary debates (1823-1826); national identity.

*A nossa legislação nós é que havemos de fazer.*

Custódio Dias

## 1 Introdução

Os anos vinte do Oitocentos em Portugal iniciam-se com a Revolução do Porto e constituem um período de profundas transformações com impacto direto no contexto brasileiro, remetendo, no campo da política, ao advento do constitucionalismo para a conquista da autonomia do País e para o processo de constituição do Estado, da cidadania e da nação brasileira. No decorrer do Primeiro Reinado, com a implementação do governo constitucional e representativo, o intenso trabalho da elite política de erguer uma nova estrutura institucional e legal provocou transformações no cenário político e contribuiu para a abdicação de D. Pedro I, em 7 de abril de 1831, abrindo caminho para a nacionalização da monarquia.

Em paralelo a essas rupturas, podem ser observadas continuidades no campo político e social, como a manutenção do sistema monárquico e da escravidão, e a forte presença da religião católica – religião do Estado – no espaço público. Assim, os anos vinte do Oitocentos tornaram-se palco de disputas entre formas de pensar e agir que pertenciam a mundos diferentes, o antigo e o novo. Conviviam nesse ambiente propostas conflitantes sobre temas centrais do constitucionalismo moderno relativos à representação da nação, à forma de Estado, à escolha dos grupos sociais que integrariam a nação na condição de cidadãos, ao perfil do liberalismo a ser implantado – conservador ou mais igualitário. Sabemos que as disputas em torno dessas definições iriam ultrapassar o Primeiro Reinado e adquirir contornos próprios em cada contexto.

Quando se examina o cenário da época, constata-se que o espírito das mudanças que conformava a política também se fez presente no campo jurídico. Havia consenso entre as elites políticas de que a organização do

novo Estado deveria ocorrer por meio da elaboração de uma constituição, fato que possibilitaria o avanço do ideário liberal no campo do Direito. No entanto, quando se estudam as origens do ordenamento jurídico brasileiro, não se devem ignorar as continuidades, visto que uma das poucas leis aprovadas pela primeira Assembleia Constituinte foi a Lei de 20 de outubro de 1823. Esse ato normativo recepcionava como Direito válido toda a legislação portuguesa do Antigo Regime que estava em vigor no Brasil até o advento da sua autonomia política.

O principal objetivo deste estudo consiste em analisar os debates em torno da aprovação da Lei de 20 de outubro de 1823 no contexto da construção do Estado, da Nação e do Direito nacional. Afinal, tratava-se da adoção da legislação de um país que, após a independência, passou a ser visto como “reino estrangeiro” e até inimigo pelos próprios deputados constituintes e que, ademais, conformava instituições, valores e práticas antigas, várias das quais incompatíveis com os novos tempos caracterizados pelo advento dos princípios liberais. Como explicar nesse contexto a recepção do Direito português?

Procura-se compreender também as mudanças nas percepções dos contemporâneos – sobre a mesma lei e sobre a legislação em sua totalidade – que apareceram a partir da reabertura da Assembleia Geral, em 3 de maio de 1826. Um novo papel começou a ser atribuído à legislação *brasileira* no processo de constituição da Nação. Em trabalho anterior (APOSTOLOVA, 2017) foram constatadas transformações significativas de percepção e narrativa no que diz respeito ao sentimento patriótico em um período histórico tão diminuto – o intervalo de três anos entre os dois processos político-legislativos aqui estudados, a Assembleia Constituinte e a primeira legislatura da Assembleia Geral. Constatada essa mudança, que também se fez presente em relação à Lei em estudo (“a lei de

confirmação das leis”), busca-se identificar os argumentos empregados para justificar e dar sentido à ideia de identidade nacional em um contexto de conflitos entre a herança portuguesa, que não podia ser totalmente descartada, e o futuro que precisava ser projetado.

Para entender as discussões em torno da recepção do Direito português no Brasil, inicialmente será feito um trabalho de contextualização semântica dos discursos proferidos pelos políticos, no intuito de alcançar os seus significados à época. Partindo do pressuposto da historicidade dos conceitos, Koselleck (2006) oferece uma opção metodológica apropriada para o diálogo com as fontes ao argumentar que, em épocas de grandes mudanças políticas, as representações sociais dos contemporâneos passam por transformações, e os conceitos são ressignificados. Assim, a reconstrução dos sentidos dos discursos necessariamente dialoga com a História social, o que possibilita a compreensão de cada momento histórico pesquisado. Esse procedimento busca evitar afirmações anacrônicas no que se refere especificamente à compreensão das fontes primárias em determinada época.

Em seguida, conta-se a história da Lei de 20 de outubro de 1823 de uma forma não linear, partindo do ambiente da Assembleia Geral, com os pronunciamentos dos deputados em 1826 sobre a Lei já em vigor e, na sequência, retoma-se o processo da sua aprovação em 1823, na Assembleia Constituinte.

## **2 A reabertura da Assembleia Geral e os questionamentos sobre a validade do Direito português no Brasil**

Após permanecer por mais de dois anos fechado – desde a interrupção dos trabalhos da Assembleia Constituinte e Legislativa em 12 de novembro de 1823 por ordem do imperador –, o

funcionamento do Parlamento foi enfim restabelecido. Em 3 de maio de 1826 suas atividades foram retomadas, assim como as disputas com o monarca, que até então governava sem ter que dividir o seu poder com a Assembleia Geral. Os trabalhos foram iniciados em clima de desconfiança em relação ao espírito constitucional do imperador, e a instituição iria fortalecer-se e conquistar mais autonomia no processo de enfrentamento ao Poder Executivo na primeira legislatura e na seguinte.

Ribeiro e Pereira (2009) enfatizam a necessidade de renovação das análises do Primeiro Reinado – período no qual o edifício legal e político foi montado, e as instituições reergueram-se em novas perspectivas – por considerarem insuficiente a visão da historiografia que concebe essa época como apenas de transição entre a proclamação da independência e a verdadeira autonomia consolidada em 1831, com a abdicação de D. Pedro I. De fato, o período é marcado pela aprovação da Carta Constitucional de 1824 e de várias leis que tratavam dos poderes do Estado e de outros assuntos relevantes, como a lei dos juízes de paz, da liberdade de imprensa, da responsabilidade dos ministros, da fundação dos cursos jurídicos, da criação do Supremo Tribunal de Justiça. Destaca-se também a elaboração do primeiro código brasileiro, o Código Criminal de 1830. Para Slemian (2008), esse amplo programa de reformas realizadas no período valorizava a eficácia do Estado na construção da ordem nacional. Por fim, inicia-se nesse momento, em especial a partir da reabertura do Parlamento, a elaboração de uma legislação brasileira que visava a substituir paulatinamente o Direito português recepcionado em 1823 e a introduzir uma nova regulamentação em sintonia com o regime constitucional.

Na sessão da Assembleia Geral do dia 26 de agosto de 1826, Custódio Dias, deputado pelo Rio de Janeiro, afirmou que no Brasil

existia somente o Direito Constitucional e que nenhum outro ramo do Direito fazia parte da legislação nacional. “Não, senhores, não temos direito algum, senão constitucional”, assegurava o parlamentar (ANNAES DO PARLAMENTO BRAZILEIRO, 1875, t. 4, p. 267). Na ocasião, Clemente Pereira, também representante do Rio de Janeiro, lembrou ao seu colega que o Direito português integrava o Direito brasileiro por determinação de uma lei da Assembleia Constituinte e Legislativa. Essa informação, que era de inegável conhecimento dos parlamentares, não mudou o entendimento de Custódio Dias. Tratava-se da Lei de 20 de outubro de 1823 (BRASIL, 1887, pt. 1, p. 7-10), que estabeleceu que a legislação pela qual se regia o Brasil até 25 de abril de 1821, ou seja, a legislação portuguesa, teria novamente vigência no País, assim como as leis promulgadas por D. Pedro daquela data em diante e alguns decretos específicos das Cortes Constituintes portuguesas. Aliás, o mesmo Custódio Dias tinha participado dos debates que levaram à aprovação daquela Lei.

Saber qual era o Direito vigente no Brasil após a Independência de 1822 não era mesmo tarefa fácil. A afirmação de Hespanha (2010, p. 149) de que após o advento do constitucionalismo Portugal vivenciou uma situação de extrema indecisão sobre o corpo normativo do Direito descreve também o momento vivido pelo Brasil nessa época. A Constituição de 1824, que tinha inaugurado oficialmente o novo regime político – mas não tinha revogado de forma expressa nenhum ato normativo –, convivia com as leis do Antigo Regime. Além disso, a opção política de recepcionar a legislação portuguesa fez com que se herdasse também o “caos” dessa legislação, assim caracterizada tanto pelos primeiros parlamentares como pela historiografia sobre o assunto, em função principalmente da pluralidade de fontes que podiam ser acessadas com base nas determinações contidas nas

Ordenações Filipinas. O uso no cotidiano do sistema judicial dessas fontes plurais estava em uma zona de tensão constante com a tendência, ao menos teórica, introduzida pelo reformismo pombalino, de reforçar a autoridade do legislador como ator político central na produção do Direito.

Contudo, Custódio Dias não se referia a esse tipo de complexidade que poderia ser qualificada como técnica. O parlamentar estava provocando o auditório com uma fala política que remetia às novas questões que o processo de independência do Brasil colocava. Parece que as palavras de Custódio Dias são uma chave de leitura adequada para o novo entendimento do Direito vigente no Brasil apenas como aquele elaborado após a separação do Brasil do Império português e em oposição ao Direito lusitano e ao *mundo velho*. Na ocasião, o deputado manifestou-se da seguinte forma:

O nosso direito pátrio, Sr. presidente, é todo contrario a essas pestíferas maximas do direito portuguez. [...] O mundo velho não tem trazido ao mundo novo, senão a escravidão, e com ella os males de todo o genero. O nosso direito é todo constitucional, contra o qual se levantão as testas coroadas da Europa: é este direito que nos ha de salvar das maximas do velho mundo. [...] A nossa legislação nós é que havemos de fazer (ANNAES DO PARLAMENTO BRAZILEIRO, 1875, t. 4, p. 267).

Custódio Dias estava chamando a atenção para o papel político que poderia desempenhar a legislação nacional no processo de consolidação da independência e de constituição da identidade nacional. Os debates aqui referidos ocorreram nas sessões da Assembleia Geral – aberta em 1826 – dedicadas à aprovação da lei que inauguraria os cursos jurídicos no Brasil<sup>1</sup>. A elaboração do currículo desses cursos remetia à definição do Direito vigente no País, um dos pressupostos para se saber qual Direito ensinar. Aquelas discussões revelaram-se uma fonte rica de acesso às visões dos letrados sobre o Direito e as suas funções políticas após a independência. Chama a atenção na leitura dos Anais da Assembleia Geral (1826-1828) essa nova preocupação de um grupo de parlamentares com a construção da identidade nacional como aquela que tem características culturais próprias, em condições de distingui-la principalmente da portuguesa.

O Direito português, que era o Direito oficial no Brasil até a independência, continuava a ter validade após a emancipação política em 1822? De acordo com a Lei de 20 de outubro de 1823 (BRASIL, 1887), aprovada pela Assembleia Constituinte e Legislativa, a resposta era indiscutivelmente positiva. Contudo, era essa certeza que Custódio Dias, em 1826, estava questionando. Tratava-se de um questionamento político ao

---

<sup>1</sup> Trata-se da Lei de 11 de agosto de 1827 (BRASIL, 1878a, pt. 1, p. 5-7).

qual Clemente Pereira tinha dado uma resposta estritamente jurídica. A posição de Custódio Dias, tudo indica, não decorria da ideia de controle de constitucionalidade das leis, ou seja, ele não concebia a Constituição de 1824 como um conjunto de normas em condições de fazer frente à vontade do legislador. No início do Oitocentos, na cultura jurídica europeia e na brasileira em processo de formação, estava fortemente presente a ideia do “legiscentrismo” (SILVA, 2010, p. 241-243), que destacava a figura do legislador como aquele capaz de tornar os direitos naturais efetivos e que não valorizava a ideia de Constituição “como garantia”. Custódio Dias chamava a atenção para o fato de a legislação recepcionada ser de origem estrangeira, além de ser “antiga”, ou seja, não adequada aos valores do “novo mundo”. Afinal, o Direito português – que era visto na época como uma característica unificadora do Império português espalhado pela Europa, Ásia e África (SILVA, 2016)<sup>2</sup> – estava em vigor no Brasil após a conquista da sua autonomia.

### **3 Reflexões sobre a Lei de 20 de outubro de 1823, que recepcionou o Direito português no Brasil**

Merece especial atenção por seu objeto a Lei de 20 de outubro de 1823, que recepcionou o Direito português produzido em uma época anterior às transformações políticas que estavam em curso no Brasil e resultou do primeiro projeto de lei apresentado à Assembleia Constituinte e Legislativa em 5/5/1823 (ANNAES DO PARLAMENTO BRAZILEIRO, 1823, liv. 1, p. 46) pelo deputado Pereira da Cunha, eleito por Pernambuco, e foi uma das poucas leis aprovadas que entraram em vigor.

Em um período de fortes mudanças políticas no Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves – que tiveram início em 1820 com a revolução do Porto e provocaram conflitos entre os reinos de Brasil e de Portugal, levando à dissolução da união até então existente e à guerra com Portugal –, a adoção dessa lei causa alguma perplexidade. Encarregada de fazer a primeira constituição do Império, inaugurando o novo regime de governo monárquico-representativo e os direitos individuais, a Assembleia quis realizar as reformas consideradas urgentes por meio das leis. A sua primeira iniciativa, no entanto, voltou-se para o passado: adotou um ordenamento jurídico embasado em valores e práticas anteriores às revoluções políticas e proveniente de um país que tinha virado “reino estrangeiro e inimigo”,

---

<sup>2</sup>De acordo com a autora, essa percepção dos políticos e letrados portugueses passou por mudanças desde os fins do século XIX, quando o Direito português começou a ser visto como fator de ruína do Império por ser inadequado para lidar com a diversidade dos costumes das populações locais.

como constantemente Portugal passou a ser chamado após 1822. Como vimos, essas ideias já estariam presentes na crítica de Custódio Dias três anos após a promulgação da Lei.

### 3.1 O curto debate sobre o “projeto de confirmação das leis”

O projeto de lei de Pereira da Cunha praticamente não provocou debates, contrastando nesse aspecto com vários outros que resultaram em demoradas e acaloradas discussões. Não é de se estranhar que o funcionamento da Assembleia Constituinte incumbida de fazer a primeira constituição e de promover as reformas mais urgentes fosse palco de visões conflitantes. O clima na Assembleia era de fato tenso e estava em sintonia com o período político vivenciado, que era de rupturas sem precedentes nos continentes europeu e americano, as quais iriam revelar-se irreversíveis. O momento histórico vivido levava os deputados a avaliarem as experiências políticas e constitucionais já existentes – em especial, as da França, Inglaterra e de Portugal – e a projetarem as suas expectativas para o futuro do Brasil, entre as quais algumas já estavam relativamente pacificadas, como a manutenção da monarquia e a adoção do governo constitucional e representativo.

Não obstante, nos períodos previstos para o debate do “projeto de confirmação das leis”, como era frequentemente chamado, o clima era de consenso e até de desinteresse. O projeto, composto apenas por três artigos, estava tacitamente aprovado antes mesmo de ser iniciada a sua primeira discussão<sup>3</sup>. O amplo consenso em torno dele evidenciava-se nas intervenções dos deputados relativas a outros projetos, debatidos antes ou no decorrer da aprovação dessa lei, que pressupunham a mobilização de argumentos sobre o Direito vigente no País. Nessas ocasiões ficava claro que o Direito procedia do ordenamento jurídico português<sup>4</sup>. A própria ideia que subjaz às funções legislativas da Assembleia – que visava a promover as reformas “urgentes e indispensáveis” – não deixava de ter como pressuposto um ordenamento jurídico já existente, que era o “antigo”.

O debate aconteceu nas etapas finais da aprovação da lei em torno de um conjunto normativo específico que fazia parte do Direito lusitano: os

<sup>3</sup>De acordo com o regimento, cada projeto tinha que passar por três discussões.

<sup>4</sup>A título de exemplo, relacionamos algumas falas: o deputado António Ferreira França, ao analisar o pedido de aposentadoria de um funcionário público, disse que o Direito consuetudinário português regulava a matéria, cabendo, portanto, ao executivo decidir o caso como sempre o fez. Também na ocasião da discussão das penas vinculadas à lei das sociedades secretas que estava sendo elaborada, Carneiro da Cunha asseverou que apenas o futuro Código Criminal poderia estabelecer a pena de morte, ao que António Carlos Andrada Machado respondeu: “a pena de morte está estabelecida por lei entre nós” (referindo-se às Ordenações Filipinas), sem ser contestado (ANNAES DO PARLAMENTO BRAZILEIRO, 1823, liv. 5, p. 33-35).

decretos das Cortes Constitucionais portuguesas. A tabela dos decretos que teriam vigência no Brasil motivou alguns pronunciamentos em condições de remeter às visões dos parlamentares sobre a medida em discussão, tendo sido verbalizados acidentalmente alguns dos motivos que levaram à recepção do Direito português. A fala de Carneiro de Campos resume bem as justificativas que começaram a circular:

Foi lembrado e proposto este decreto, porque fazendo nós a nossa insurreição e declarando a nossa independencia, havia cahido o antigo edificio social e com elle tudo quanto lhe pertencia. Pelo que foi indispensavel para que não ficassemos sem lei (pois que sem ellas não pôde haver sociedade civil)<sup>5</sup> que usassemos da bem entendida cautela de conservarmos em vigor as leis que d'antes nos regerão (ANNAES DO PARLAMENTO BRAZILEIRO, 1823, liv. 5, p. 224).

O argumento foi desenvolvido por alguns parlamentares que falaram sobre a “necessidade” da admissão dessas leis cuja vigência se prolongaria até o advento do “nosso Código”. De acordo com os deputados, a legislação que o Brasil usava havia perdido a sua força após a separação de Portugal. Essa força deveria ser reativada por meio da autoridade da Assembleia, que por sua vez não achava necessário promover alguma discussão mais aprofundada sobre os pressupostos e as consequências dessa recepção.

No que diz respeito à origem estrangeira desse Direito, é importante frisar que a análise dos Anais permite concluir que o ordenamento recepcionado em 1823 não era visto como tal pelos deputados constituintes. Nesse ponto foram esclarecedoras as discussões sobre o de-

creto das Cortes portuguesas que estabelecia a “imunidade da casa do cidadão”, sancionado em Lisboa no dia 11 de outubro de 1822 e publicado no dia 14 do mesmo mês. O fato de o decreto das Cortes ter sido publicado após o dia 12 de outubro (o dia em que D. Pedro foi aclamado imperador, celebrado como o dia da independência) qualificou-o como estrangeiro. As seguintes palavras de Carneiro de Campos sintetizam os argumentos que circulavam contra a ratificação desse decreto em função da data da sua publicação:

Isto posto, pergunto eu agora; a emenda<sup>6</sup> é indefinida ou deve ser determinada relativamente ao tempo da regencia? Creio que não se pôde estender além deste tempo, por que só neste tempo é que ainda formavamos uma nação com Portugal, e portanto só então é que essas leis se podem chamar nacionaes; depois de declarada a independencia já são estrangeiras todas as leis feitas pelas côrtes de Portugal, que desde essa época em diante aqui se divulgarão (ANNAES DO PARLAMENTO BRAZILEIRO, 1823, liv. 5, p. 224).

Chama a atenção nessa fala a denominação “nacionais” aplicada às leis anteriores a 12 de outubro de 1822, compreendido nesse rol todo o ordenamento jurídico português, com exceção de certos decretos produzidos pelas Cortes de Lisboa. Esse entendimento era amplamente compartilhado, não existindo nesse contexto discursivo qualquer obstáculo ou inconveniente de caráter político a ser debatido ou superado. Bastava a ratificação desse conjunto normativo, como sintetizavam alguns parlamentares. Em sessões anteriores à aprovação da lei, os parlamentares já faziam referências ao Direito lusitano como a “nossa legislação” (ANNAES

<sup>5</sup> É curioso observar na intervenção de Carneiro de Campos a presença da ideia – na forma de justificativa para o decreto sob análise – de que sem normas jurídicas não poderia haver sociedade. Na esteira dessas concepções, os deputados em outros momentos afirmavam que os indígenas viviam em estado de natureza.

<sup>6</sup> A emenda aqui mencionada, de autoria de Andrada Machado, determinava fazer a seleção dos decretos das Cortes que teriam vigência no Brasil de acordo com o critério da sua compatibilidade e conveniência ao regime de governo.

DO PARLAMENTO BRAZILEIRO, 1823, liv. 4, p. 77), o que nos leva a concluir que, na visão dos deputados, o Brasil estava adotando as suas próprias leis antigas, e não leis estrangeiras.

### **3.2 Apontamentos sobre as percepções dos deputados constituintes no tocante à legislação recepcionada: origem e compatibilidade com o projeto constitucional**

A conquista da autonomia política em 1822 tinha iniciado o processo de formação do Estado e da identidade nacionais, transformando em contrapartida Portugal em “um reino estrangeiro e inimigo” – expressão recorrente no vocabulário dos deputados. Pouco tempo antes, os representantes das províncias do Brasil (da Bahia e de São Paulo) nas Cortes lisboetas, que articulavam nos seus discursos os conceitos de *pátria*, *país* e *nação*, deixavam claro que a nação à qual pertenciam era a portuguesa (JANCSÓ; PIMENTA, 2009). A intervenção do deputado Carneiro de Campos, entre outras, também atestava que não existia uma nação brasileira anterior à independência. É também a partir de 1822 que se pode visualizar uma elite política brasileira – e não mais luso-brasileira ou portuguesa – responsável pelas decisões sobre as funções e o perfil do Estado nacional e do Direito, bem como sobre o formato da cidadania no recém-fundado País. Como explicar, em 1823, a qualificação de “nacional” a uma legislação que era portuguesa? Parece-nos que a nova visão sobre a nação que deveria ser erguida estava restrita ao âmbito político, sem atingir ainda a esfera da cultura na qual o Direito se situa. Para Neves (2009b, p. 129), a concepção moderna de nação começou a circular apenas no fim de 1822 e estava relacionada à ideia de separação e distinção de um povo em relação a outro. A autora recorre a uma diferenciação entre dois significados do conceito de nação – o

político e o cultural –, que são úteis para clarear algumas nuances nos debates parlamentares aqui referidos. De acordo com Neves (2009b), o conceito na época da independência apresentava apenas o seu sentido político, ou seja, a nação no contexto do Estado soberano, e não ainda o cultural, identificado com a existência de uma comunidade dotada de identidades singulares.

A aprovação da lei, assim como os pronunciamentos em torno dela, indica também que os acontecimentos revolucionários na esfera da política não estavam repercutindo de forma significativa no campo do Direito. Concordamos com Garriga e Slemian (2013) quando afirmam que no mundo ibérico do Oitocentos estavam em curso revoluções políticas, mas não jurídicas; sendo assim, a esfera do Direito transformava-se em palco de reformas, e não de rupturas com as tradições jurídicas até então existentes.

Se em 1823 o ordenamento jurídico português não era visto como estrangeiro, ainda fica a indagação sobre a visão desse ordenamento como um produto do Antigo Regime. Afinal, o advento do constitucionalismo tornava parte da antiga legislação incompatível com as normas e princípios que passavam a integrar as constituições escritas em diversos países do continente europeu e americano. Assim, é importante investigar se a elite política reunida na primeira Assembleia Constituinte percebia essa tensão entre o constitucionalismo e o ordenamento jurídico “confirmado”, composto por normas e valores que estruturavam o Estado e a sociedade do Antigo Regime. A recepção do Direito português, no seu conjunto, também não foi problematizada na Assembleia de 1823 sob esse foco de possíveis incompatibilidades.

Contudo, algumas manifestações relativas a outros projetos de leis deixaram claro que esse entendimento sobre o papel da constituição circulava no ambiente da Assembleia. Em primeiro lugar, visando a promover as reformas urgentes

e indispensáveis, a Assembleia tinha atribuído a si mesma as funções de uma legislatura ordinária, o que revelava o seu intuito de transformar algumas disposições normativas já existentes. Apresentadas por meio dos projetos de leis no decorrer dos sete meses de funcionamento da Assembleia, a avaliação dessas reformas deu-se em função dos mais variados critérios, entre os quais a preocupação com a adequação de instituições da área do Direito público e penal ao novo regime constitucional e representativo. Também foi assinalada a necessidade de algumas intervenções nos “erros” existentes na antiga legislação, como ocorreu na análise do parecer relativo às formas de admissão dos funcionários das secretarias do governo. Como o parecer era favorável às práticas até então existentes, o deputado Nicolau Vergueiro, que discordava da proposta, lembrou aos colegas que essas práticas eram “de uso no antigo regimen e de muito más consequencias; nós não devemos conservar erros, mas emendal-os” (ANNAES DO PARLAMENTO BRAZILEIRO, 1823, liv. 5, p. 68-69).

Houve também a preocupação pontual com a compatibilidade entre os decretos das Cortes sancionados até o dia 12 de outubro de 1822 e o novo regime constitucional, atividade denominada “adequação aos princípios constitucionais”. Um desses atos normativos tratava dos requisitos para a formatura do bacharel em leis e cânones. Os deputados consideraram correto exigir apenas a carta de formatura e dispensar as outras exigências em vigor até então, como a leitura no Desembargo do Paço, precedida de habilitações de nobreza, e as informações da Universidade de Coimbra, que foram consideradas incompatíveis com os novos tempos. No sistema constitucional, lembrou o deputado baiano José da Silva Lisboa, os requisitos para o exercício das profissões eram apenas os talentos e méritos (ANNAES DO PARLAMENTO

BRAZILEIRO, 1823, liv. 5, p. 92), princípio positivado na Constituição de 1824.

Exceto esses e outros casos pontuais, parece que na visão dos constituintes o ordenamento jurídico antigo, no seu conjunto, não era incompatível com o projeto de constituição que já estava sendo debatido na época da aprovação da lei aqui analisada, ou melhor, os parlamentares percebiam a existência de algumas incompatibilidades, mas não pretendiam enfrentar a questão. Ficaram registrados alguns indícios dessa postura. O deputado Vergueiro, por exemplo, enfatizava o critério da “necessidade” para a adoção da legislação portuguesa em bloco, fato que possibilitaria a continuidade da vida jurídica no País, mesmo sabendo que existiam várias leis que não eram “adequadas as nossas circunstâncias” (ANNAES DO PARLAMENTO BRAZILEIRO, 1823, liv. 5, p. 89). No decorrer do demorado debate sobre a compatibilidade entre os decretos das Cortes e o novo regime constitucional, Carneiro de Campos provocou o auditório com as palavras que se seguem, demonstrando estar consciente dos problemas existentes em relação à velha legislação.

[Se] fomos tão francos para com as leis antigas, que poderiam servir de materia a muitas e ponderosas reflexões, não posso achar uma razão plausivel que nos persuada a não procedermos da mesma maneira para com as leis das côrtes de Portugal (ANNAES DO PARLAMENTO BRAZILEIRO, 1823, liv. 5, p. 91).

Por fim, a “lei da confirmação das leis” e a tabela dos decretos das Cortes a ela anexa foram aprovadas. Teoricamente, poderiam ser pensadas outras possibilidades para evitar o “vácuo” jurídico, mas essas alternativas não tinham viabilidade política. Para Wehling (2012), a confluência de dois mundos, o do Antigo Regime e o da proposta constitucional, fez com que em algumas

situações políticas prevalecessem soluções arcaizantes, como seria o caso da Lei que validou o antigo Direito português. Os parlamentares remetiam para o futuro a tarefa de transformar o Direito adequando-o aos novos tempos, mesmo sabendo que os códigos podiam não ser um fiel espelho dos tempos revolucionários. Na França, por exemplo, na primeira década do Oitocentos, a ideia inicial de um código civil de matriz jusnaturalista moderna foi substituída por uma versão final mais conservadora. Não podemos esquecer também que a maioria dos representantes da Nação na Assembleia Constituinte que participava dos debates era composta por bacharéis em Direito – magistrados, advogados e funcionários públicos – formados no antigo sistema jurídico, que aplicavam aquele Direito no seu cotidiano profissional. A tendência natural deles era preservar as bases desse saber profissional, atitude que contribuiria para a manutenção e reprodução do seu poder de letrados em uma sociedade sem acesso à educação.

#### **4 As mudanças no discurso patriótico e o papel atribuído à legislação**

A intervenção de Custódio Dias na Assembleia Geral em 1826, ou seja, três anos depois da aprovação da lei, é um testemunho da rápida transformação que ocorria nos meios políticos em relação ao sentimento patriótico, à concepção da identidade nacional e à compreensão do passado. Agora, a aparente obviedade da citação contida na epígrafe pode ser contextualizada. Estamos diante de uma nova postura política que emerge no ambiente da Assembleia Geral, refletindo as aceleradas mudanças que estavam em curso no Brasil desde a dissolução da Assembleia Constituinte, em 12 de novembro de 1823. Esse processo atingiu a visão dos contemporâneos sobre o passado e a linguagem política em uso na época. É notável a transformação ocorrida com a expressão *direito português* – aquele elaborado até 1822 –, que, denominado *nacional* no ambiente da Assembleia Constituinte, passou em 1826 a ser visto como *estrangeiro* por um grupo de parlamentares. Com a ressignificação do conceito de nacional e de outros a ele relacionados, a elite política começou a depositar fortes expectativas nas potencialidades da legislação – elaborada no Brasil após a conquista da sua autonomia política – para a formação da identidade brasileira. Uma das maiores dificuldades nesse lento processo – que era a constituição da identidade nacional em oposição à portuguesa – tinha que ser enfrentada.

Em estudo anterior dedicado ao nascimento e à regulamentação das academias de Direito no Brasil (APOSTOLOVA, 2017), constatou-se que em curto período de tempo (de 1823 a 1827, anos nos quais se deram os debates para a aprovação da lei dos cursos jurídicos) ocorreu uma significativa

mudança nos discursos parlamentares relativos ao sentimento nacional, resultando em um esforço de afastamento do modelo português de ensino do Direito da Universidade de Coimbra e do próprio Direito português, ou seja, o emergente patriotismo começou a se fazer presente também na elaboração das leis e nas instituições. Como ocorre em várias pesquisas, novas perguntas emergiram no decorrer dessa investigação. Uma delas remetia à Lei de 20 de outubro de 1823, em especial às justificativas apresentadas para a recepção do ordenamento jurídico português, que – acreditávamos na época – era visto pelos contemporâneos como direito estrangeiro. Indagávamos se os deputados constituintes visualizavam os efeitos desfavoráveis que essa Lei poderia ter no processo de constituição da identidade nacional.

No presente estudo, verificamos que essa visão não se manifestou na ocasião da aprovação da Lei, tendo sido esboçada no Parlamento somente a partir de 1826, fato que confirma a diferença, na esfera da política, entre os dois períodos aqui trabalhados. Essas rápidas mudanças foram impulsionadas pelo clima político da época, marcado por fortes críticas às tradições do Antigo Regime, pela aposta na viabilização do projeto político nacional nos moldes do constitucionalismo e pelo crescente desgaste do imperador.

Uma das repercussões das rápidas mudanças políticas entre os anos 1823 e 1826 se deu no debate sobre a autoria de algumas leis importantes, assim como dos códigos. Com referência à definição dos estatutos que iriam reger as primeiras academias de Direito, por exemplo, decidiu-se que não seriam os Estatutos da Universidade de Coimbra (UNIVERSIDADE DE COIMBRA, 1972) como havia decidido a Assembleia Constituinte, mas os de Visconde da Cachoeira (BRASIL, 1878b, pt. 1, p. 7-39),

com o fundamento de que uma obra feita por um nacional é preferível à de um estrangeiro (ANNAES DO PARLAMENTO BRAZILEIRO, 1875, t. 4, p. 85-86). Como o conteúdo dos dois estatutos era similar, inclusive na avaliação dos parlamentares, não restam dúvidas quanto aos efeitos simbólicos atribuídos à “forma” jurídica nacional. É importante notar que a afirmação de que o Direito pátrio devia ser obra de um nacional aparecia revestida também de fundamentos substantivos, como ocorreu na primeira década da independência, no debate sobre os códigos. A necessidade de produção dos códigos foi mencionada pelos deputados logo após o início dos trabalhos da Assembleia Geral, em 1826. A independência da nação brasileira em relação à portuguesa e a “índole de cada povo” demandavam a rápida confecção desses códigos, tarefa já definida pela constituição. Nas discussões do Parlamento surgiram dúvidas sobre a autoria dos códigos. Os projetos poderiam ser escritos por um estrangeiro ou deveriam necessariamente ser feitos por um nacional? O argumento contra o autor estrangeiro remetia à ideia de que ele não conhecia os usos e os costumes da nação brasileira que, pressupunha-se, eram diferentes, tinham as suas peculiaridades (SLEMIAN, 2008, p. 187).

Essa colocação sobre as especificidades da cultura brasileira e, portanto, do próprio Direito vinha ao encontro da tarefa da constituição da Nação<sup>7</sup>, na sua faceta de diferenciação da identidade portuguesa. Além do significado político do conceito de nação que tinha aparecido em 1822, no decorrer dos anos vinte do Oitocentos percebemos a emergência do seu significado cultural, que remetia à formação de uma comunidade dotada de identidades singulares.

---

<sup>7</sup> Sobre os conceitos de nação e pátria, assim como sobre as suas transformações no período, além dos estudos já referenciados de Neves (2009a, 2009b), utilizamos Hespánha (2005) e Carvalho (2007).

A crescente ênfase discursiva nas características específicas da nova nação gerava tensões com as visões iluministas referentes ao Direito, que eram universalistas. No mesmo debate sobre a nacionalidade dos encarregados da elaboração dos projetos de códigos, o deputado Lino Coutinho não só não via problema em esta ser estrangeira como considerava até a melhor opção, pois esses homens seriam guiados somente pelos princípios da legislação universal e pelas luzes da razão, e não pelas leis e costumes vigentes (SLEMIAN, 2008, p. 188). É importante observar como os parlamentares articulavam nos seus discursos a ideia das particularidades culturais do novo Império e, ao mesmo tempo, os pressupostos de um Direito embasado em princípios universais fortemente presentes na época tanto na Península Ibérica quanto nas suas ex-colônias na América. A concepção do direito natural como um corpo de princípios básicos que o direito positivo – específico para cada local – respeitava e procurava efetivar buscava canalizar essas tensões sem, no entanto, aprofundar teoricamente a questão. A fala do deputado Andrada e Silva em 1823 sobre o conceito de uma “boa constituição” ilustra essa ideia.

Eu sou pouco apaixonado de methaphysicas, e por isso estou persuadido que a boa constituição é aquella que o povo quer executar; donde concludo que para não ser a nossa, papel borrado, como têm sido muitas da Europa, é preciso que seja apropriada ao paiz, e com analogia aos sentimentos e principios que se têm arraigado geralmente nos povos (ANNAES DO PARLAMENTO BRAZILEIRO, 1823, liv. 5, p. 99).

Por fim, não se pode esquecer um outro componente discursivo presente nas concepções jurídicas dos parlamentares: o direito natural moderno, racional e laico, convivia no Brasil, como legado das tradições culturais ibéricas, com as teorias neotomistas que procuravam compatibilizar os princípios racionais modernos com os postulados da religião católica.

## 5 Considerações finais

As diferentes visões sobre a Lei de 20 de outubro de 1823, que recepcionou o Direito português no Brasil – manifestadas no espaço da Assembleia Constituinte e da Assembleia Geral –, foram examinadas no contexto dos acontecimentos e das mudanças políticas no decorrer do Primeiro Reinado, em especial no âmbito das concepções sobre a independência, a nação e a identidade nacional. Mesmo com uma revolução política em curso, a Assembleia Constituinte optou por adotar a legislação portuguesa, sem qualquer questionamento, deixando transparecer nessa decisão o olhar da elite política voltado para o passado. A principal

justificativa para tal escolha remetia para o argumento da necessidade de continuação da vida jurídica no País.

A perplexidade inicial proveniente da ideia de ser de origem estrangeira a legislação adotada foi afastada pelos pronunciamentos dos deputados sobre o projeto em discussão, que caracterizavam o ordenamento português como *nacional*. A inexistência de uma nação brasileira anterior à independência e o tipo de independência ajudam a esclarecer a adjetivação de *pátria* – no período imediato após a autonomia política do País – aplicada a uma legislação de origem portuguesa. Assim, concordamos com a corrente historiográfica que concebe a independência como um combate pela liberdade dentro da nação portuguesa, e não como uma ruptura – planejada desde os finais do século XVIII – decorrente de um movimento nativista e de problemas relacionados à crise do sistema colonial<sup>8</sup>.

Objecções à Lei aqui analisada, em especial no que diz respeito ao caráter *estrangeiro* e *antigo* dessa legislação *confirmada*, somente apareceram em 1826, no âmbito da Assembleia Geral, quando o sentimento patriótico se fortalece e se materializa na ideia de que a nação detém também um significado cultural, o que remete ao processo de constituição de uma identidade própria. Nesse novo contexto político, destaca-se o papel da criação legislativa que tinha um duplo desafio: a superação do sistema jurídico do Antigo Regime, assim como das concepções e dos valores jurídicos lusitanos. Afinal, normas, instituições e símbolos originados no Brasil independente e com um governo liberal davam visibilidade à existência da nova nação e contribuíam para a construção do sentimento de comunidade entre os seus habitantes.

Em 1826, a recusa retórica do deputado Custódio Dias em reconhecer a vigência da legislação recepcionada por não ser nacional assim como a sua afirmação de que “a nossa legislação nós temos que fazer” revelam as profundas mudanças políticas em curso no Brasil. Contudo, esses novos posicionamentos não produziram efeitos práticos imediatos. Nem a norma constitucional que determinava, no seu art. 179, XVIII (BRASIL, [1891]), a elaboração urgente de dois códigos, o civil e o penal, foi observada na sua plenitude. Com exceção dos códigos criminal e de processo criminal, os outros códigos começaram a surgir de forma lenta, e o último grande marco desse processo foi o advento do Código Civil, apenas em 1916. Outras prioridades políticas e dificuldades variadas de ordem teórica e prática foram sobrepondo-se à tarefa da nacionalização e da reformulação do Direito Civil<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Para mais informações, ver Ribeiro e Pereira (2009, p. 145).

<sup>9</sup> Para conhecer melhor as razões da demora do Código Civil, ver Grinberg (2008) e Coelho (1999, p. 151-191).

A nação brasileira demandava leis adequadas à sua realidade e aos seus projetos de futuro vinculados ao constitucionalismo e à efetivação dos direitos individuais. Enquanto essa realidade estava sendo concebida e construída, produzir ao mesmo tempo uma legislação *brasileira* já era visto por um grupo de deputados como um passo necessário na constituição da nação. Adequar também o seu conteúdo às especificidades do País e às necessidades de transformá-lo do ponto de vista moral e institucional seria o desafio que ocuparia os debates dos políticos e dos intelectuais ao longo de um tempo que iria ultrapassar, e muito, o período do Primeiro Reinado.

## Sobre a autora

Bistra Stefanova Apostolova é doutora em História e mestra em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), Brasília, DF, Brasil; professora da graduação em Direito da UnB, Brasília, DF, Brasil.

E-mail: [apostolova@unb.br](mailto:apostolova@unb.br)

## Como citar este artigo

(ABNT)

APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. Herança jurídica portuguesa e identidade nacional: apontamentos sobre o primeiro projeto de lei apresentado na Assembleia Constituinte de 1823. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 59, n. 234, p. 179-195, abr./jun. 2022. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/234/ril\\_v59\\_n234\\_p179](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/234/ril_v59_n234_p179)

(APA)

Apostolova, B. S. (2022). Herança jurídica portuguesa e identidade nacional: apontamentos sobre o primeiro projeto de lei apresentado na Assembleia Constituinte de 1823. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 59(234), 179-195. Recuperado de [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/234/ril\\_v59\\_n234\\_p179](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/234/ril_v59_n234_p179)

## Referências

ANNAES DO PARLAMENTO BRAZILEIRO: Assembléa Constituinte do Império do Brasil. [Rio de Janeiro]: Senado Imperial, 5 liv., 1823. Transcrição da Secretaria Especial de Editoração e Publicações, Subsecretaria de Anais do Senado Federal. Disponível em: [https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/IP\\_AnaisImperio.asp](https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/IP_AnaisImperio.asp). Acesso em: 3 mar. 2022.

ANNAES DO PARLAMENTO BRAZILEIRO: Camara dos srs. Deputados: primeiro anno da primeira legislatura: sessão de 1826. Rio de Janeiro: Typographia do Imperial Instituto Artístico, t. 4, 1875. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/28841>. Acesso em: 3 mar. 2022.

APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. O debate sobre a fundação dos cursos jurídicos no Brasil (1823-1827): uma reavaliação. *Varia História*, Belo Horizonte, v. 33, n. 62, p. 419-458, maio/ago. 2017. DOI: <https://doi.org/10.1590/0104-87752017000200007>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/vh/a/YdGXpxC9MqKjXypdKk4B5Yt/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 3 mar. 2022.

BRASIL. [Constituição (1824)]. *Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824)*. [Brasília, DF]: Presidência da República, [1891]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em: 3 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Lei – de 11 de agosto de 1827. In: COLLECÇÃO DAS LEIS DO IMPERIO DO BRAZIL DE 1827. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, pt. 1, p. 5-7, 1878a. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/colecao-anual-de-leis/copy\\_of\\_colecao2.html](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/colecao-anual-de-leis/copy_of_colecao2.html). Acesso em: 3 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Lei – de 20 de outubro de 1823. In: COLLECÇÃO DAS LEIS DO IMPERIO DO BRAZIL DE 1823. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, pt. 1, p. 7-10, 1887. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/colecao-anual-de-leis/copy\\_of\\_colecao2.html](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/colecao-anual-de-leis/copy_of_colecao2.html). Acesso em: 3 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Projecto de regulamento ou estatutos para o Curso Jurídico creado pelo Decreto de 9 de janeiro de 1825, organizado pelo Conselheiro de Estado Visconde da Cachoeira, e mandado observar provisoriamente nos Cursos Jurídicos de S. Paulo e Olinda pelo art. 10 desta lei. In: COLLECÇÃO DAS LEIS DO IMPERIO DO BRAZIL DE 1827. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, pt. 1, p. 7-39, 1878b. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/colecao-anual-de-leis/copy\\_of\\_colecao2.html](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/colecao-anual-de-leis/copy_of_colecao2.html). Acesso em: 3 mar. 2022.

CARVALHO, José Murilo de. Introdução. In: \_\_\_\_\_ (org.). *Nação e cidadania no Império: novos horizontes*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007. p. 9-14.

COELHO, Edmundo Campos. *As profissões imperiais: medicina, engenharia e advocacia no Rio de Janeiro, 1822-1930*. Rio de Janeiro: Record, 1999.

GARRIGA, Carlos; SLEMIAN, Andréa. “Em trajes brasileiros”: justiça e Constituição na América Ibérica (c. 1750-1850). *Revista de História*, São Paulo, n. 169, p. 181-221, jul./dez. 2013. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9141.v0i169p181-221>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revhistoria/issue/view/5513>. Acesso em: 3 mar. 2022.

GRINBERG, Keila. *Código Civil e cidadania*. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

HESPANHA, António Manuel. Pequenas repúblicas, grandes Estados. Problemas de organização política entre antigo regime e liberalismo. In: FONSECA, Fernando Taveira da (coord.). *O poder local em tempo de globalização: uma história e um futuro*. Coimbra: Imprensa da Universidade, CEFA, 2005. p. 133-147. (Série Investigação). Disponível em: <https://digitalis.uc.pt/handle/10316.2/32458>. Acesso em: 3 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Razões de decidir na doutrina portuguesa e brasileira do século XIX. Um ensaio de análise de conteúdo. *Quaderni Fiorentini: per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, v. 39, p. 109-151, 2010. Disponível em: <http://www.centropgm.unifi.it/quaderni/39/index.htm>. Acesso em: 3 mar. 2022.

JANCSÓ, István; PIMENTA, João Paulo G. Peças de um mosaico (ou apontamentos para o estudo da emergência da identidade nacional brasileira). In: MOTA, Carlos Guilherme (org.). *Viagem incompleta: a experiência brasileira (1500-2000): formação: histórias*. 3. ed. São Paulo: Senac, 2009. p. 127-175.

KOSELECK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Tradução do original alemão de Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira; revisão da tradução de Cesar Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2006.

NEVES, Lúcia Maria Bastos Pereira das. Constituição: usos antigos e novos de um conceito no Império do Brasil (1821-1860). In: CARVALHO, José Murilo de; NEVES, Lúcia Maria Bastos Pereira das (org.). *Repensando o Brasil do Oitocentos: cidadania, política e liberdade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009a. p. 181-205.

\_\_\_\_\_. Estado e política na independência. In: GRINBERG, Keila; SALLES, Ricardo (org.). *O Brasil Imperial: 1808-1831*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009b. v. 1, p. 95-136.

RIBEIRO, Gladys Sabina; PEREIRA, Vantuil. O Primeiro Reinado em revisão. In: GRINBERG, Keila; SALLES, Ricardo (org.). *O Brasil Imperial: 1808-1831*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009. v. 1, p. 139-173.

SILVA, Cristina Nogueira da. Escravidão e direitos fundamentais no século XIX. *Africana Studia*, Porto, n. 14, p. 231-254, 2010. Disponível em: [http://aleph.letras.up.pt/index.php/1\\_Africana\\_2/article/view/7326](http://aleph.letras.up.pt/index.php/1_Africana_2/article/view/7326). Acesso em: 3 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Universalism, legal pluralism and citizenship: Portuguese imperial policies on citizenship and law (1820-1914). In: ANDO, Clifford (ed.). *Citizenship and empire in Europe, 200-1900: the Antonine Constitution after 1800 years*. Stuttgart: Franz Steiner, 2016. p. 199-220. (Potsdamer Altertumswissenschaftliche Beiträge, 54).

SLEMIAN, Andréa. À nação independente, um novo ordenamento jurídico: a criação dos Códigos Criminal e do Processo Penal na primeira década do Império do Brasil. In: RIBEIRO, Gladys Sabina (org.). *Brasileiros e cidadãos: modernidade política, 1822-1930*. São Paulo: Alameda, 2008. p. 175-206.

UNIVERSIDADE DE COIMBRA. *Estatutos da Universidade de Coimbra (1772)*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1972. 3 v.

WEHLING, Arno. O direito constitucional como engenharia social no Brasil da independência. *MÉTIS: história & cultura*, Caxias do Sul, v. 11, n. 21, p. 23-38, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/metis/article/view/2065>. Acesso em: 3 mar. 2022.



# Conteúdo normativo do direito à saúde

Definição do núcleo essencial segundo a abordagem das capacidades

LUCIANO MOREIRA DE OLIVEIRA

**Resumo:** O reconhecimento do direito à saúde na ordem internacional e em diversos países fez surgir a tensão entre as demandas individuais e coletivas pelo acesso a bens e serviços que proporcionem bem-estar, prevenção, cura de doenças, reabilitação e as possibilidades de sua efetivação pelo Estado. Diante desse cenário, utiliza-se a abordagem das capacidades para identificar o núcleo essencial do direito à saúde, isto é, seu traço distintivo mais típico, característico e com proteção jurídica diferenciada, de forma a servir como parâmetro para se aferirem as prerrogativas de seus titulares e os deveres a cargo dos Estados.

**Palavras-chave:** direitos sociais; direito à saúde; abordagem das capacidades; núcleo essencial.

## Normative content of the right to health: definition of the essential core according to the capabilities approach

**Abstract:** The recognition of the right to health in the international order and in several countries has raised the tension between individual and collective demands for access to goods and services that provide well-being, prevention, cure of diseases, rehabilitation and the possibilities of its implementation by the State. In this context, the capabilities approach is used to identify the essential core of the right to health, that is, its most typical distinctive feature and with differentiated legal protection, in order to serve as a parameter to assess the prerogatives of its holders and the duties of the States.

**Keywords:** social rights; right to health; capabilities approach; essential core.

Recebido em 2/9/21  
Aprovado em 14/3/22

# 1 Introdução

Na atualidade, a afirmação do direito à saúde na ordem internacional e nos ordenamentos jurídicos de diversos países conduziu a situações de conflituosidade em que se contrapõem, de um lado, indivíduos e grupos, e, de outro, o Estado. As reivindicações por prestações materiais destinadas à realização do direito à saúde têm gerado um intenso debate social, político, econômico e jurídico sobre as prerrogativas e faculdades que integram o direito à saúde e os deveres estatais decorrentes desses direitos, sobretudo em um momento histórico de crise econômica e revisão das políticas sociais.

A previsão de um direito à saúde na ordem internacional, com repercussão para as democracias ocidentais, teve início com o advento da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS) em 1946. A par de trazer um conceito abrangente de saúde, esse documento – que contempla as dimensões biológica, psíquica e social – prevê que “gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, [1946]).

Por seu turno, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, põe em destaque a necessidade de se proporcionar às pessoas um padrão de vida suficiente para lhes assegurar *saúde e bem-estar*, inclusive acesso à assistência médica e aos serviços sociais indispensáveis, assim como “segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade” (NAÇÕES UNIDAS, [1948], grifo nosso).

Não obstante, a positivação do direito à saúde na ordem internacional com a definição de deveres correlatos aos Estados ocorreu por meio do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966. Em seu art. 12, o documento dispõe que “os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental” (NAÇÕES UNIDAS, 1992). Em seguida, o documento estabelece que seus signatários devem diminuir a mortalidade e a mortalidade infantil, bem como promover o desenvolvimento das crianças; melhorar todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente; prevenir e tratar as doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras; criar condições que assegurem a todos assistência e serviços médicos em caso de enfermidade (NAÇÕES UNIDAS, 1992). A implementação dessas medidas, assim como das demais constantes do pacto, deve ocorrer progressivamente, com o empenho permanente e constante dos Estados.

Por sua importância para a realização do objetivo de universalização do acesso à saúde, deve-se mencionar também a Declaração de Alma-Ata, que resultou da Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, em Alma-Ata, na então União Soviética, em setembro de 1978. Na ocasião definiu-se que a saúde, compreendida como “estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não simplesmente a ausência de doença ou enfermidade”, é um direito humano fundamental. Segundo a declaração, o alcance do “mais alto nível possível de saúde é a mais importante meta social mundial, cuja realização requer a ação de muitos outros setores sociais e econômicos, além do setor da saúde” (DECLARAÇÃO..., 2015).

Após 40 anos da Declaração de Alma-Ata, em 2018, a OMS e o UNICEF realizaram em Astana, no Cazaquistão, a Conferência Global sobre Cuidados de Saúde Primários. A Declaração de Astana reafirmou os compromissos assumidos em Alma-Ata, notadamente de acesso à saúde para todas as pessoas e enfatizou a concretização dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 (DECLARATION..., 2018).

Esse movimento de afirmação da saúde como direito humano e fundamental ocorreu no contexto de posituação dos direitos econômicos, sociais e culturais e de adoção do modelo de Estado social por diversos países, em especial na Europa. A realidade vivenciada nos 30 anos que sucederam à Segunda Guerra Mundial era de crescimento econômico expressivo e constante, o que deu sustentabilidade aos sistemas de proteção social que foram desenvolvidos, inclusive aos sistemas de saúde (SILVA, 2013; NABAIS, 2015).

Na atualidade, o consenso em torno das obrigações estatais de implementação de políticas públicas voltadas para a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais como forma de proteção às incertezas e aos eventos que afligem

as vidas das pessoas e mitigam sua capacidade de autonomia e de desenvolvimento (*human flourishing*) vem sendo revisto, ao menos quanto à sua extensão, diante do quadro de escassez de recursos num contexto de baixo e descontínuo crescimento econômico.<sup>1</sup>

A revisão do consenso sobre o papel que cabe ao Estado na socialidade atinge o direito à saúde. Na sua dimensão jurídico-normativa, estão em causa as possibilidades e os limites do direito subjetivo a prestações (aspecto subjetivo), assim como os deveres estatais correlatos (aspecto objetivo). Igualmente, as medidas de racionalização adotadas pelos Estados atingem os fundamentos que pareciam anteriormente compartilhados pelas sociedades sobre a titularidade e o objeto do direito à saúde.

No âmbito dos ordenamentos jurídicos, a tensão entre a reivindicação de prestações e a racionalização de recursos reflete-se na judicialização de demandas, o que coloca em discussão o papel do Poder Judiciário na garantia da realização do direito à saúde diante de pretensões individuais ou coletivas que não são acolhidas pelos sistemas de saúde.

Com o objetivo de contribuir para o debate, pretende-se explorar o conteúdo normativo do direito à saúde, com vistas a identificar os traços

---

<sup>1</sup> Silva (2014) aponta a necessidade de rever o papel do Estado e a própria compreensão da socialidade. Para ela, o momento de crise econômica, que compromete a sustentação do tradicional Estado social, surge como oportunidade para uma reconstrução da socialidade, que deve ser orientada pelo princípio da sustentabilidade, bem como pela justiça distributiva, sobretudo com redistribuição dos ônus e direitos entre as gerações. Essa revisão da socialidade passa também por ajustes na dogmática dos direitos fundamentais e nas formas de regulação normativa (SILVA, 2014). Também Loureiro (2010, 2013, 2014) destaca a necessidade de revisão do Estado social, tendo como consequência não a sua superação, mas sua adaptação às novas bases econômicas e sociais. Nesse contexto, propõe que a dogmática dos direitos fundamentais leve a sério a escassez e flexibilize categorias antes intocáveis como os direitos adquiridos. Para o autor, sem significar a submissão do direito à economia, é preciso que a dogmática jurídica leve em conta os dados da realidade fática, sendo urgente a construção de uma “dogmática da escassez” (LOUREIRO, 2010, 2013, 2014).

caracterizadores que compõem seu núcleo essencial, do qual se podem extrair os direitos subjetivos e os correspondentes deveres estatais.

## 2 O direito à saúde no contexto dos direitos sociais

Ainda que se encontrem esquemas estatais de proteção social em contextos históricos anteriores, a Constituição do México, de 1917, e a Constituição Alemã, de 1919, são apontadas pela doutrina como marcos jurídicos do advento do Estado social (BONAVIDES, 2008), ou seja, da revisão do papel do Estado, que passou a intervir com maior intensidade nas relações sociais e econômicas<sup>2</sup>, bem como a promover políticas de proteção social.

O modelo de Estado social pode ser considerado uma resposta estatal à *questão social* (HECLO, 1995) apresentada pelos movimentos operários que surgiram no final do século XIX e que reivindicaram proteção social diante de eventos como envelhecimento, incapacidade e doença, que tornam necessário o acesso a serviços e reduzem a capacidade de trabalho e a renda das pessoas. Trata-se do caminho adotado pelos países que não romperam com o capitalismo, mas acomodaram as demandas da área da socialidade no âmbito do Estado juntamente com os direitos civis e políticos, de tradição liberal (NOVAIS, 2010).<sup>3</sup> Com isso,

---

<sup>2</sup>No plano normativo, reflete-se na disciplina das relações trabalhistas e na garantia das chamadas liberdades sociais, como o direito de greve.

<sup>3</sup>A Igreja Católica exerceu importante influência para a construção de via alternativa ao socialismo e comunismo que pudesse reconciliar patrões e empregados, sem abrir mão do direito à propriedade privada, nem deixar de reconhecer a importância das demandas dos trabalhadores. Nessa linha, a Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, destacou a condição de miséria e de infortúnio dos operários e exaltou o dever de solidariedade dos cristãos. Propôs ainda que os patrões devem pagar um salário justo aos empregados, os quais fazem jus a uma jornada de trabalho compatível com

confere-se maior legitimidade à atividade estatal, já que ao Estado de Direito se agrega o reconhecimento de direitos fundamentais e a realização de fins sociais cujo alcance se mostra necessário para a efetivação de condições de vida dignas (HESSE, 1998; QUEIROZ, 2014).

A afirmação do Estado social não ocorreu de forma linear no tempo, nem de maneira homogênea. Na verdade, muitas foram as estratégias usadas para se cuidar da socialidade, o que abriu caminho para modelos diversos de Estado social, que implicam desde a atuação subsidiária do Estado na socialidade até sua presença efetiva como prestador de serviços.<sup>4</sup>

Do ponto de vista histórico, embora se aponte o início do século passado como o advento do modelo de Estado social – mais precisamente o período entre Guerras –, seu maior desenvolvimento ocorreu a partir do fim da Segunda Guerra Mundial. Aqui, ao consenso em torno da relevância coletiva da socialidade juntou-se o ritmo de crescimento econômico elevado e constante nos países desenvolvidos, o que deu sustentação aos sistemas de proteção social.

Assim, o acesso a bens econômicos, sociais e culturais passou a ser objeto de tutela jurídica e a ser garantido na forma de direitos, como assistência e previdência social, educação, saúde, entre outros. Trata-se de posições normativas complexas, que encerram feixes de poderes, faculdades e prerrogativas de naturezas variadas (ANDRADE, 2012, p. 163; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012,

---

suas forças e condição pessoal (sobretudo de mulheres e crianças), assim como a um descanso semanal (IGREJA CATÓLICA, [1891]).

<sup>4</sup>De forma análoga, a tutela jurídica dos direitos sociais pode variar entre a negativa de constitucionalização (EUA), a constitucionalização da cláusula geral do Estado social, sem catálogo que discrimine direitos sociais (Alemanha), e o reconhecimento expresso de direitos fundamentais nas constituições, com variações quanto ao regime jurídico (Portugal e Brasil) (SARLET, 2010).

p. 294; NOVAIS, 2010, p. 42). Contudo, seu traço característico está no acesso a prestações materiais consubstanciadas em bens e serviços que satisfaçam as necessidades das pessoas nas variadas áreas da socialidade e sejam imprescindíveis para a liberdade de fato e a realização da dignidade humana (ANDRADE, 2012, p. 174; ALEXY, 2008, p. 499).

Os direitos sociais constituem um dos traços distintivos do modelo de Estado social. Mesmo reconhecendo sua complexidade estrutural, que abrange dimensões instrumentais de defesa e de proteção<sup>5</sup>, o conteúdo principal consiste no acesso a prestações materiais (bens e serviços). Ainda que seu regime jurídico varie de país para país, pode-se afirmar que os direitos sociais, por dependerem da promoção de políticas estatais, não estão completamente definidos no texto constitucional e por isso seu conteúdo completo é alcançado por meio da atividade legislativa. Além disso, sua realização depende do empenho do Estado, da regulamentação de instituições e do emprego direto de recursos públicos (ANDRADE, 2012, p. 357).

Os direitos sociais passaram por um ciclo de baixa normatividade e eficácia duvidosa (BONAVIDES, 2008, p. 564), tendo sido relegados a um *status* secundário quando comparados aos direitos de primeira geração. Em grande parte, isso ocorreu devido à compreensão de que os direitos civis e políticos têm aplicabilidade imediata, ao passo que os direitos econômicos, sociais e culturais têm eficácia conforme as possibilidades fáticas e jurídicas e submetem o Estado a um dever de progressividade. Na

---

<sup>5</sup> Como destaca Canotilho (2003), de forma geral, os direitos fundamentais abrangem posições negativas e positivas. No primeiro caso, são características dos direitos civis e políticos e referem-se à não limitação de certos atos, à não intervenção em situações jurídico-subjetivas e à não eliminação de posições jurídicas. No segundo caso, pode dividir-se entre as ações positivas de natureza fática (prestações materiais) e normativas (CANOTILHO, 2003, p. 407).

doutrina jurídica, os direitos sociais passaram a gozar de maior prestígio a partir do segundo pós-guerra (NOVAIS, 2010, p. 70) e do avanço do neoconstitucionalismo, movimento que, partindo do pressuposto de que as constituições são normas jurídicas, reconhece eficácia aos direitos fundamentais e não lhes confere o papel de meras promessas sujeitas à discricionariedade do legislador (BARROSO, 2007).

Como componentes da socialidade e fatores imprescindíveis para o exercício dos demais direitos, a reivindicação e a afirmação do direito à saúde logo passaram a constar de diversos tratados internacionais e das ordens jurídicas de variados países. As políticas públicas voltadas para a melhoria do estado de saúde das populações ganharam corpo segundo diferentes arranjos e em conformidade a variados modelos de sistemas de saúde.

Como modelos ideais de sistemas de saúde apontam-se os sistemas universais, de seguro social e de proteção residual (ou segmentados). Em síntese, inspirados no modelo inglês, os sistemas universais dispensam o acesso à saúde independentemente da comprovação de pré-requisitos ou de pagamentos no momento da atenção. São financiados por meio de tributos gerais. Os sistemas de seguro social, orientados pela matriz alemã, condicionam o atendimento à comprovação da condição de segurado e são financiados por meio de contribuições do próprio segurado e dos empregadores. Nos sistemas de proteção residual, as políticas públicas preveem ações de saúde para grupos ou populações específicas. Em geral, a responsabilidade por buscar serviços de saúde é do indivíduo, que pode aderir a planos ou seguros de saúde, assim como contratar mediante desembolso direto (LOBATO; GIOVANELLA, 2009; NORONHA; GIOVANELLA; CONNIL, 2014).

Esse movimento revela que a saúde e a doença passaram a ser reconhecidas como

fenômenos de interesse coletivo, e não apenas de caráter individual (ESTORNINHO; MACIEIRINHA, 2014). A consciência de que o estado de saúde e os eventos a ele relacionados exigem atenção do Estado gera, por um lado, deveres estatais de respeito e proteção, e, por outro, cria posições jurídicas subjetivas cujo conteúdo e alcance se pretende identificar a seguir.

### 3 Capacidades, saúde e políticas públicas

#### 3.1 A abordagem das capacidades

Os arranjos institucionais e normativos para a regulação das relações sociais e econômicas, a distribuição de bens e a alocação de recursos são objeto de debates na Filosofia, Ciência Política, Economia e Direito, entre outras áreas do conhecimento. Essas discussões têm como pano de fundo a distribuição dos bens sociais, que é mediada pelo Estado e suas instituições. Para orientar as instituições do Estado e da sociedade na realização da justiça, as teorias políticas e a Filosofia propõem variados modelos e princípios.

Para Sen (2011, p. 50), as teorias de justiça não devem ocupar-se com a definição de princípios abstratos que possam ser acordados socialmente. Para ele, essas propostas têm a pretensão de conceber instituições perfeitas que conduzam a sociedades plenamente justas. No entanto, esse objetivo não é praticamente alcançável, e apenas por abstração podem-se conceber instituições e sociedades perfeitamente justas. Para Sen (2011), as teorias de justiça devem preocupar-se com as sociedades concretas e as vidas que as pessoas de fato levam, do que emerge o dever ético de remoção das injustiças e melhoria das condições de vida das populações.<sup>6</sup>

Por outro lado, a geração de riqueza e renda e o crescimento econômico não devem ser considerados fins em si mesmos. Sem negar sua importância, renda e riqueza devem ser consideradas na medida em

---

<sup>6</sup> Segundo Sen (2011), o Iluminismo europeu contribuiu para que ficasse demarcada uma divisão básica entre duas possibilidades de se abordar o tema da justiça. De um lado, há teorias da justiça que se concentram na concepção da justiça perfeita e com base nessa concepção delineiam as instituições necessárias para se alcançar essa situação. A análise é apartada das sociedades concretas. Por outro lado, há teorias da justiça que realizam análises comparativas das realizações sociais, preocupando-se com os arranjos viáveis e com a remoção da injustiça. Na tradição indiana, essas abordagens correspondem, respectivamente, às perspectivas *niti* e *nyaya*: a primeira volta-se para a compreensão das instituições em abstrato, ao passo que a segunda se preocupa com a justiça que de fato emerge, as realizações e as condições de vida das pessoas. Sen (2011, p. 50) propõe concentrar-se nas sociedades concretas e em análises comparativas para prevenir injustiças e melhorar a realização da justiça.

que contribuem para que as pessoas realizem seus objetivos de vida. “O desenvolvimento tem de estar relacionado sobretudo com a melhora da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos” (SEN, 2010, p. 29).<sup>7</sup>

Nesse sentido, a importância de indicadores gerais sobre a riqueza de um país, como o Produto Nacional Bruto (PNB), deve ser medida pelo impacto na vida das pessoas.<sup>8</sup> Com efeito, a despeito de todo o desenvolvimento científico e econômico alcançado pela humanidade, em muitos países mais de 10% (dez por cento) das crianças morrem antes de atingir cinco anos de idade, em grande parte das vezes por causas evitáveis.<sup>9</sup>

Partindo dessas premissas – consideração das sociedades em concreto e avaliação do desenvolvimento para além dos indicadores econômicos –, a alocação de recursos e a distribuição dos bens sociais devem ter em conta as condições concretas de liberdade de que as pessoas desfrutam e contribuir para a ampliação das possibilidades de liberdade. A garantia da dignidade humana requer o pleno exercício da autonomia (KANT, 2011, p. 66) e, assim, passa pela efetiva fruição da liberdade. Mais que o cumprimento de uma obrigação de respeito às liberdades clássicas (de locomoção, manifestação do pensamento, exercício de atividade econômica etc.), sem as quais não há sem dúvida autodeterminação e livre arbítrio, impõe-se, para o alcance da liberdade substancial, a fruição de outros direitos, notadamente aqueles que integram os variados aspectos da socialidade (BARROSO, 2012, p. 85; SARLET, 2012a, p. 101). Isso ocorre porque o exercício da liberdade não deve ser percebido apenas à luz da liberdade de realizar escolhas. Além disso, é preciso que cada pessoa possa gozar de condições para escolher entre variadas opções de vida e ter a possibilidade de realizar os projetos que julga importantes e valiosos.

---

<sup>7</sup> Mantendo a mesma concepção e enfatizando a importância da saúde para o desenvolvimento, Sen (1999, p. 620) afirma: “Development [...] has to be primarily concerned with enhancing the lives we lead and the freedoms that we enjoy. And among the most important freedoms that we can have is the freedom from avoidable ill-health and from escapable mortality”.

<sup>8</sup> O autor destaca a ausência de correlação direta entre o crescimento do PNB e a expectativa de vida, o que, segundo ele, depende de outros fatores determinantes: “Since life expectancy variations relate to a variety of social opportunities that are central to development (including epidemiological policies, health care, educational facilities, and so on), an income-centred view is in serious need of supplementation, in order to have a fuller understanding of the process of development” (SEN, 1999, p. 622).

<sup>9</sup> “There are many countries where large fractions of children still die, and there are three dozen countries where more than 10 percent die before their fifth birthday. They are not dying of the ‘new’ diseases, like HIV/AIDS, or exotic diseases for which there is no cure. They are dying from the same diseases that killed European children in the seventeenth and eighteenth centuries, intestinal and respiratory infections and malaria, most of which we have known how to treat for a long time. These children are dying from the accident of where they were born, and they would not be dying had they been born in Britain, Canada, France, or Japan” (DEATON, 2013, p. 102).

A liberdade substancial – que verdadeiramente corresponde à autonomia decorrente da dignidade humana (KANT, 2011, p. 66) – depende, portanto, de condições para realizar as atividades e projetos que cada um julga importantes ou valiosos (RUGER, 2006b). Trata-se dos “funcionamentos” ou da aptidão para realizar o que se deseja e se julga relevante (SEN, 2010, p. 104).

O poder de levar a cabo as tarefas e atividades que se deseja – funcionamento – cria espaço para o efetivo exercício da autonomia do indivíduo na medida em que ele pode optar pelas variadas possibilidades que a vida lhe proporciona. Com isso, a pessoa caminha para a liberdade substancial ou capacidade, que “consiste nas combinações alternativas de funcionamentos cuja realização é factível para ela” (SEN, 2010, p. 105).

A consideração das capacidades abre caminho para se examinarem as verdadeiras possibilidades de vida de que cada um pode dispor. Além das escolhas que a pessoa realiza, considera-se o leque de possibilidades de que ela dispõe.<sup>10</sup> A oportunidade para a liberdade (ou a autonomia) e o desenvolvimento ou “florescimento” pessoal (*human flourishing*) são determinados pelo conjunto de capacidades de que cada pessoa dispõe.

A consideração das capacidades requer uma compreensão que vai além dos recursos (ou bens primários) aos quais se tem acesso, como renda e riqueza. É preciso avaliar em concreto como esses recursos se convertem em melhoria das condições e opções de vida de cada pessoa, o que varia segundo suas qualidades pessoais, o contexto socioeconômico, entre outras condições que afetam a fruição da liberdade individual. Pessoas com deficiências, por exemplo, ao mesmo tempo que têm maiores dificuldades em auferir

renda, necessitam de mais renda para satisfazer, em concreto, suas necessidades e realizar seus projetos de vida (SEN, 2011, p. 293).

Ao impor a consideração das condições de vida em concreto e preocupar-se com a liberdade substancial, a abordagem das capacidades traz importantes consequências sobre a forma de conceber e implementar as políticas públicas estatais.<sup>11</sup> Essa perspectiva implica especial consideração das condições de vida das pessoas incapacitadas e marginalizadas, cujas capacidades são sensivelmente inferiores e afetadas por seu estado pessoal. Por esse motivo, devem receber atenção especial da sociedade e do Estado.

### **3.2 Implicações da abordagem das capacidades para a compreensão da saúde e das políticas públicas**

A ênfase na consideração das capacidades tem importância direta para a apreciação da saúde como bem social a ser fruído por cada um e direito tutelado pelo ordenamento jurídico. Isso porque a realização dos projetos considerados valiosos e a oportunidade de escolher entre várias possibilidades de vida com base no conjunto de capacidades de que se dispõe passa pelo estado de saúde. O dever social de possibilitar as condições para a liberdade substancial, a realização dos projetos de vida e o desenvolvimento humano (*human flourishing*) dependem de se proporcionarem às pessoas meios para alcançar um bom estado de saúde.

A capacidade para realizar aquilo que se valoriza não é possível quando há condições de saúde precárias, inaptidões ou deficiências que impeçam o desenvolvimento. Em sociedades com baixa expectativa de vida, elevada mortalidade

<sup>10</sup> “Enquanto a combinação dos funcionamentos de uma pessoa reflete suas realizações efetivas, o conjunto capacitório representa a liberdade para realizar as combinações alternativas de funcionamentos dentre as quais a pessoa pode escolher” (SEN, 2010, p. 105).

<sup>11</sup> Para Ruger (2006b, p. 289), as políticas públicas devem ter por foco contribuir para que as pessoas possam realizar os “funcionamentos”: “individuals’ ability to function, rather than resources, should be the primary goal of public policy”.

precoce e alta incidência de doenças evitáveis e já erradicadas nos países desenvolvidos, certamente as pessoas dispõem de menos oportunidades de vida e suas escolhas são reduzidas quando comparadas às de pessoas que vivem em outros contextos socioeconômicos. Em termos de saúde, as capacidades básicas consistem em escapar da morte prematura e do adoecimento evitável (RUGER, 2004, p. 1.076, 2006a).

O enfoque baseado nas capacidades é uma ferramenta importante para a análise da saúde e das políticas de saúde. Como já se pontuou, por um lado, a saúde é integrante do conjunto de capacidades necessárias para a realização dos objetivos que cada um considera valiosos. Assim, deve ser considerada no bojo das demais atividades do Estado e das políticas públicas desenvolvidas para a realização da liberdade. Portanto, a alocação dos recursos sociais requer a consideração das despesas em saúde em conjunto com as demais áreas do Estado – notadamente as áreas da socialidade. Por outro lado, a par de influenciar o exercício de outras capacidades e do próprio desenvolvimento humano, a saúde é influenciada por uma miríade de fatores, tanto relacionados ao setor da saúde em si, quanto oriundos de outros setores da vida social.<sup>12</sup> Trata-se de tema que deve ser considerado transversal para a atuação da sociedade e do Estado.

Tradicionalmente conceitua-se saúde com base na definição proposta na Constituição da Organização Mundial da Saúde ([1946]), segundo a qual “a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste

apenas na ausência de doença ou de enfermidade”. Trata-se de um conceito ampliado, que tem o mérito de reconhecer que a saúde é dependente de uma pluralidade de fatores que não podem ser reduzidos apenas à influência biológica e à perspectiva individual.

Não obstante, essa compreensão da saúde é considerada vaga ou uma “imagem-horizonte” que chega a se confundir com a ideia de felicidade. A abstração do conceito é bastante criticada pela sua falta de operacionalidade e, ademais, pela possibilidade de legitimar demandas ilimitadas por serviços médicos (JUŠKEVIČIUS; BALSINIENĖ, 2010, p. 104).<sup>13</sup>

Segundo a abordagem das capacidades, mostra-se fundamental considerar as possibilidades de cada um alcançar um bom estado de saúde. Nessa linha, as políticas públicas devem orientar-se pelas necessidades de saúde, considerando as privações que as pessoas sofrem em concreto e limitam suas oportunidades de vida. A realização das capacidades em saúde deve concretizar-se nas oportunidades individuais de se atingir boa saúde, estar livre da mortalidade precoce e das doenças evitáveis (RUGER, 2004, p. 1.076).

Ao reconhecer a importância da liberdade substancial – que depende do conjunto de capacidades e funcionamentos que cada um está apto a realizar –, a abordagem das capacidades sustenta políticas de saúde voltadas para a remoção das barreiras a essas realizações por meio da satisfação das necessidades em saúde. O acesso aos recursos para a satisfação dessas necessidades deve ocorrer independentemente da possibilidade de pagamento de cada um (RUGER, 2006a).

<sup>12</sup>No Brasil, a influência de fatores determinantes sobre o estado de saúde da população foi reconhecida pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, o art. 3º da Lei nº 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde) dispõe que “os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais” (BRASIL, [2021]).

<sup>13</sup>Para esses autores: “Widening physical health to the psychological and the social dimensions was conceptually important; however, it has no direct operational value. [...] a state of complete physical, mental, and social well-being corresponds much more closely to happiness than to health. [...] This legitimizes an unlimited demand for health services” (JUŠKEVIČIUS; BALSINIENĖ, 2010, p. 104).

A definição de saúde proposta pelo escritório regional da OMS na Europa aproxima-se da abordagem das capacidades. Ao invés do conceito tradicional de saúde presente na Constituição da OMS, Starfield (2002, p. 21) realça que o órgão conceitua saúde como “a medida em que um indivíduo ou grupo é capaz, por um lado, de realizar aspirações e satisfazer necessidades e, por outro, de lidar com o meio ambiente”.

A compreensão da saúde no âmbito da abordagem das capacidades traz outras importantes implicações para as políticas públicas, como realça Ruger (2004). Primeiramente, não sendo os serviços de saúde o único fator determinante para a melhoria das condições de saúde individuais e coletivas, as despesas desse setor devem ser consideradas em conjunto com as demais despesas públicas, sobretudo aquelas das áreas sociais.<sup>14</sup> Ainda assim, os serviços de saúde têm importância e relevância para a saúde das pessoas e devem estar disponíveis e acessíveis conforme as necessidades, e não de acordo com a capacidade de pagamento. A relação de serviços disponíveis deve ser objeto de processo democrático, observados os procedimentos adequados e princípios substanciais de justiça.<sup>15</sup> Esses serviços devem ser suficientes para atender às necessidades de saúde das pessoas, dentro de um quadro de escassez de recursos financeiros e segundo as possibilidades de cada sociedade. Propõe-se que o financiamento das ações de saúde ocorra previamente, conforme a capacidade de contribuição de cada pessoa, a fim de evitar barreiras de acesso decorrentes da impossibilidade de pagamento (RUGER, 2004, p. 1.076). Enfim, o acesso aos serviços de saúde deve ocorrer sempre que necessário e não pode estar dependente da capacidade de pagamento.

## 4 Objeto ou conteúdo do direito à saúde

A especificação do objeto do direito à saúde deve ser uma preocupação do pesquisador que se detém sobre o tema. Entre os direitos sociais, o direito à saúde é um dos que apresenta maior complexidade<sup>16</sup> por abranger

---

<sup>14</sup>Daniels (2013) destaca o alto custo de oportunidade das despesas com cuidados de saúde, uma vez que os recursos podem ser eficientemente utilizados em políticas públicas que impactam outros determinantes de saúde (educação, nutrição, moradia, por exemplo) e com isso gerar bons resultados em favor da saúde da população.

<sup>15</sup>A alocação de recursos do Estado, a definição de prioridades e a especificação de seu espectro de atuação devem ser definidos em um processo aberto à participação social informada. Nesse sentido, a adoção de políticas de austeridade e ajustes nas despesas do Estado devem ser alvo de debate público, permitindo-se que a população decida sobre a necessidade de investimentos na incorporação de tecnologias em saúde, ampliação da rede de cuidados primários, despesas com ações militares, ou financiamento de campanhas eleitorais. Nessa linha, ver Sen (1999, p. 619).

<sup>16</sup>Trata-se de direito com dimensões negativa e positiva, com estruturas normativas e regimes jurídicos análogos aos dos direitos, liberdades e garantias e aos direitos sociais –

um amplo feixe de liberdades e prerrogativas, gerando com isso grande controvérsia sobre sua definição e limites. Dessa forma, o rigor conceitual e a especificação do objeto mostram-se necessários para evitar as críticas relacionadas à falta de clareza, à fluidez e à abstração de alguns direitos sociais, além da inconsistência dos métodos de estudo.<sup>17</sup>

A despeito da positivação do direito à saúde em diversos instrumentos de direito internacional e em variados ordenamentos jurídicos, questiona-se a viabilidade da garantia desse direito, uma vez que o estado saudável não pode ser juridicamente garantido. Como bem objeto da tutela jurídica, a saúde não seria apropriável. Quando muito, seria possível afirmar um direito a cuidados de saúde, especialmente a cuidados médicos (DANIELS, 2013; JUŠKEVIČIUS; BALSINĖ, 2010, p. 102).

A afirmação de um direito à saúde não implica a garantia do estado saudável da mesma forma que o direito à liberdade não é negado pelas violações a ela, nem pelas limitações que em concreto esse direito pode sofrer. Ao se considerar a saúde um direito, toma-se a decisão de que se trata de um interesse coletivo a ser protegido e promovido pela sociedade e pelo Estado. O apelo para se promover a saúde das pessoas ocorre da mesma forma que os ativistas do século XVIII lutaram pela liberdade (SEN, 2008, p. 2.010).

O ponto de partida para a análise deve ser o dispositivo constante do art. 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que dispõe:

#### ARTIGO 12

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.
2. As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:
  - a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento [...] das crianças;
  - b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente;
  - c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças;
  - d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade (NAÇÕES UNIDAS, 1992).

---

segundo a classificação adotada pela Constituição portuguesa – conforme a posição jurídica invocada (ESTORNINHO; MACIEIRINHA, 2014, p. 45-46).

<sup>17</sup> Nesse sentido é o alerta de Canotilho (1998).

Desde logo fica claro que o direito à saúde não pode ser comprimido no estreito conceito de acesso a serviços médicos, já que abrange os aspectos biológico e psíquico, assim como medidas de promoção, prevenção e assistência à saúde. Nesse sentido, exige-se dos Estados a adoção de medidas de melhoria dos indicadores de saúde da população (redução da mortalidade infantil), das condições de saúde dos trabalhadores, de prevenção e tratamento de doenças típicas e de maior incidência, e de disponibilidade de assistência à saúde.<sup>18</sup> Por outro lado, pelo prisma das capacidades, a compreensão da saúde como direito impõe que se assegurem às pessoas os “funcionamentos” e a promoção de suas capacidades,<sup>19</sup> de modo a permitir que estejam aptas a realizar o que entendem por valioso, o que implica conferir-lhes um leque de opções de vida e liberdade substancial, ou seja, liberdades e prerrogativas que têm como contrapartida deveres de realização com impactos individuais e coletivos para a promoção, prevenção, cura e reabilitação. Reafirma-se, assim, a complexidade do direito à saúde, já indicada linhas atrás.

Restringindo a análise ao plano normativo, a afirmação do direito fundamental à saúde acarreta atribuir *status* constitucional às normas que o definem. Com isso, essas normas figuram no ápice do ordenamento jurídico e configuram fundamento e limite para a produção normativa infraconstitucional. Tais normas têm a eficácia impeditiva de atos normativos com conteúdo

contrário e são, assim, parâmetros para o controle de constitucionalidade de outras normas. Ademais, tratando-se de constituições rígidas, submetem-se a processo diferenciado de alteração e, quanto a seu conteúdo típico (núcleo essencial), costumam compor os limites materiais à reforma constitucional. Finalmente, dado seu caráter principiológico, têm eficácia irradiante, que conduz à constitucionalização do direito infraconstitucional e produz eficácia nas relações privadas (SARLET, 2002).

Sob o aspecto subjetivo, em primeiro lugar ressalta-se que o direito à saúde se manifesta como direito de defesa, ou seja, seu titular tem a prerrogativa de exigir de terceiros (inclusive do Estado) obrigações de não fazer. Assim, implica o dever de respeito, ou seja, de não ingerência e de não causar prejuízo à saúde de alguém. Abrange a proteção da autonomia e da privacidade individuais, inclusive no que se refere às informações pessoais sobre a saúde (ANNAS; MARINER, 2016). Trata-se de liberdade cujo conteúdo normativo é similar aos chamados direitos de primeira geração, na medida em que consiste no dever de abstenção. À pretensão de respeito exige-se imediata observância, podendo-se extrair pretensões com fundamento direto no texto constitucional.

Em segundo lugar, o direito à saúde expressa-se como direito de proteção e desencadeia para o Estado o dever de adoção de medidas voltadas para evitar que terceiros possam causar prejuízos à saúde das pessoas, abrangendo, assim, a prestação normativa voltada para a concepção de princípios e de regras que orientem o Estado e a sociedade para a tutela da saúde. Implica também a concepção de instituições voltadas para assegurar o acesso a ações e serviços de saúde, como o Sistema Único de Saúde, no Brasil, e o Serviço Nacional de Saúde, em Portugal. A concretização dessas prestações normativas passa a integrar o próprio conteúdo do

<sup>18</sup> O conteúdo abrangente do direito à saúde é bem caracterizado por Gross (2011, p. 300): “The right to health is not limited to the right to health care. It is not a right to be healthy but, rather, a right that comprises social and economic components that foster conditions in which human beings are able to lead healthy lives, as well as touching on background conditions for health, such as sustenance and nutrition, housing, accessibility to clean and potable water and sanitation, safe and healthy workplace conditions, and a healthy environment”.

<sup>19</sup> Para Ruger (2004, p. 1.075), as políticas públicas devem orientar-se para as aptidões e privações por meio da satisfação das necessidades em saúde.

direito fundamental, como já decidiu o Tribunal Constitucional português (PORTUGAL, 1984).

Finalmente, o direito à saúde implica o acesso a prestações materiais a que correspondem deveres de promoção ou de realização. Trata-se da face mais controversa do direito à saúde, pois exige a concepção e a implementação de políticas públicas que criem condições para o acesso aos serviços de saúde necessários no âmbito individual e coletivo.

Embora todos esses aspectos integrem o amplo espectro do direito à saúde, por se tratar de direito social seu conteúdo principal corresponde à pretensão de direito a prestações. As demais prerrogativas decorrentes desse direito – como o direito de defesa – têm caráter instrumental, e não típico. Assim, ao analisar o conteúdo do direito à saúde, é possível identificar um núcleo essencial decorrente da projeção do princípio da dignidade da pessoa humana na interpretação e aplicação desse direito.<sup>20</sup> Além desse núcleo essencial, há camadas envolventes, que correspondem a pretensões menos típicas do direito à saúde.<sup>21</sup>

#### 4.1 Núcleo essencial do direito à saúde

A ideia de núcleo essencial dos direitos fundamentais tem origem na compreensão do caráter principiológico dessas normas cuja efi-

cácia está sujeita às condições fáticas e jurídicas. Com efeito, as declarações de direitos e as constituições compreendem valores conflitantes entre si, que se manifestam normativamente por meio de princípios que disciplinam os direitos fundamentais. Dessa forma, ainda que presente a eficácia *prima facie*, as normas de direitos fundamentais estão sujeitas, regra geral, à reserva de ponderação no caso concreto e devem ser compreendidas como mandamentos de otimização (ALEXY, 2008, p. 90).

Uma vez que as normas de direitos fundamentais devem ser objeto de ponderação em concreto e, portanto, estão sujeitas a limitações, a noção de núcleo essencial é posta como limite às restrições de direitos fundamentais (CANOTILHO, 2008; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 142). Por se tratar dos aspectos distintivos mais intrínsecos dos direitos fundamentais e mesmo da projeção do princípio da dignidade da pessoa humana, o núcleo essencial funciona como limite à atividade de ponderação do legislador e do operador do direito no momento da aplicação das normas de direitos fundamentais.

A princípio, a noção de núcleo essencial surgiu para fins de análise dos conflitos para a aplicação dos direitos civis e políticos ou direitos de primeira dimensão ou geração, que se submetem à reserva geral de ponderação. No entanto, serve aos direitos econômicos, sociais e culturais para definição de seu conteúdo típico e parâmetro de eficácia, inclusive perante o Estado. Isso porque no Estado Democrático de Direito, em que se reconhece a necessidade de proteger a dignidade da pessoa humana e de conferir condições para a liberdade substancial, a cláusula do Estado de Direito e o princípio da proporcionalidade acarretam, além da proibição de excesso nas limitações de direitos, a vedação de proteção insuficiente (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 338; QUEIROZ, 2014, p. 68).

<sup>20</sup> “O ‘núcleo essencial’ corresponde às faculdades típicas que integram o direito, tal como é definido na hipótese normativa, e que correspondem à projeção da ideia de dignidade humana individual na respetiva esfera da realidade – abrangem aquelas dimensões dos valores pessoais que a Constituição visa em primeira linha proteger e que caracterizam e justificam a existência autônoma daquele direito fundamental” (ANDRADE, 2012, p. 165). No entanto, embora reconheça a categoria do núcleo essencial, Sarlet (2012b, p. 159) afirma que nem todos os direitos fundamentais têm conteúdo aferível em dignidade.

<sup>21</sup> “As ‘camadas envolventes’ incluem outros valores [...] que correspondem a aspetos em que, por serem menos típicos, mais relativos ou menos importantes, a proteção constitucional deve ser considerada de menor intensidade” (ANDRADE, 2012, p. 166).

No caso da saúde, o núcleo essencial encontra-se inserido em seu conteúdo principal, que já se identificou como direito a prestações materiais. Nesse caso deve-se utilizar a premissa de que o direito à saúde é efetivado quando se confere à pessoa a possibilidade de realizar as atividades que tem razão para valorizar, de alcançar boa saúde e estar livre de doenças evitáveis e da morte prematura (RUGER, 2004, p. 1.076).

Contudo, a abordagem das capacidades em saúde – utilizada como orientação deste trabalho – não propõe identificar um conjunto ou uma “cesta” de ações ou serviços que devem ser prestados pelos Estados ou estar disponíveis aos indivíduos. Com efeito, entre as capacidades que devem ser asseguradas e promovidas está a participação na vida social e na definição das políticas estatais, razão pela qual a definição do conteúdo das políticas públicas deve ocorrer em um processo deliberativo acessível à participação da sociedade. Desse modo abre-se a possibilidade para realizar acordos parciais no nível da execução das políticas públicas e das ações estatais, sem exigência de concordância sobre princípios abstratos de justiça. Com base num procedimento democrático, participativo e informado pelas evidências disponibilizadas pela ciência, deve-se atender às necessidades de saúde, isto é, às carências ou privações a serem supridas para se atingir o estado de bem-estar e a realização substancial da autonomia. Essas carências são social e historicamente condicionadas e não se limitam às necessidades de serviços de saúde, haja vista a compreensão ampliada da saúde e de seus determinantes multisetoriais.

Dessa forma, não se pode limitar o bem jurídico *saúde* ao direito de acesso a cuidados médicos. Como visto, desde o conceito ampliado de saúde proposto pela OMS, reconhece-se que a saúde é dependente de múltiplos condicionantes, entre os quais os cuidados de saúde (saúde curativa). Embora essa limitação traga conforto

e segurança em termos operacionais, trata-se de uma indevida redução da complexidade inerente à realidade normativa do direito à saúde, que decorre do bem jurídico tutelado.

Ao mesmo tempo que se cuida da efetividade das capacidades básicas (evitar a morte prematura e os agravos e doenças preveníveis), considera-se a saúde no âmbito das demais áreas da socialidade. Como a alocação de recursos tem alto custo de oportunidade, deve-se enfatizar a visão ampliada e contextualizada no bojo das demais políticas públicas. Assim, o direito subjetivo à saúde corresponde à satisfação das carências no contexto da escassez de recursos e abrange o acesso a prestações que sejam necessárias e apropriadas, a um custo que seja acessível, individual ou coletivamente.

Com base no conteúdo do art. 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e dos documentos que o reafirmaram, é preciso criar condições de acesso a cuidados tecnicamente indispensáveis e apropriados para a promoção, prevenção, diagnóstico e tratamento de doenças e outros agravos à saúde que possam gerar mortalidade precoce ou deficiências evitáveis (RUGER, 2006a, p. 460).

Nessa perspectiva, a garantia do direito à saúde não abrange o acesso a todas as terapias, procedimentos e insumos disponíveis no mercado. Há que se reconhecer aqui uma margem de concretização do direito aberta ao legislador e ao administrador público, com a possibilidade de participação da sociedade para identificar, dentre as opções disponíveis no mercado, aquelas que atendam eficientemente às necessidades da população, gerem maiores benefícios e tenham um custo acessível individual ou coletivamente.<sup>22</sup>

<sup>22</sup> Essa margem de discricionariedade decorre da característica dos direitos sociais e dos deveres de promoção e de realização porque, se a violação ou o agravo a um bem jurídico são vedados, qualquer conduta nesse sentido viola o dever de abstenção. Por outro lado, os deveres de promoção e de realização voltados para a tutela de um bem jurídico

A consideração das capacidades e das necessidades exige cuidado especial com a alocação de recursos, de forma a prestigiar a implementação de serviços e a incorporação de tecnologias que impactem positivamente os indicadores de saúde da população e gerem maiores benefícios sociais,<sup>23</sup> com especial atenção às populações mais vulneráveis e pobres que, regra geral, adoecem com mais frequência e são mais afetadas pelas consequências do adoecimento. Assim, deve ser conferida grande importância aos encargos financeiros e às incertezas que podem decorrer do processo de adoecimento, e adotadas estratégias para evitar que o ônus financeiro e o endividamento configurem barreiras de acesso às terapias necessárias à saúde das pessoas.

Sob o aspecto objetivo, o núcleo essencial do direito à saúde gera a obrigação de criar condições para a cobertura universal dos serviços de saúde indispensáveis para o alcance da liberdade substancial. Deve-se garantir a igualdade de oportunidades para que as pessoas possam atingir o melhor estado de saúde possível e, dessa forma, assegurar-lhes a possibilidade de escolher e realizar as opções de vida que cada um entende como valiosas.

Ações e serviços que satisfaçam as necessidades da população devem estar disponíveis

---

permitted que se alcance a mesma finalidade por mais de um meio. Essa discricionariedade é também o fator que traz maiores dificuldades para a exigibilidade dos direitos sociais em juízo, segundo Alexy (2008, p. 462).

<sup>23</sup> Evidencia-se a importância do desenvolvimento das ações voltadas para os cuidados de saúde primários, que são aqueles que atendem às necessidades mais comuns das populações, com ênfase na atenção ambulatorial, de base comunitária e atenção prolongada no tempo. Por seu maior impacto em benefício da população, deve ser priorizado em relação aos cuidados hospitalares e especializados, que empregam tecnologias pesadas e de alto custo, utilizadas em menor escala. “[I]nvestments should not disproportionately favour expensive curative health services which are often accessible only to a small, privileged fraction of the population, rather than primary and preventive health care benefiting a far larger part of the population” (UNITED NATIONS, 2000, p. [8]).

para todos, sem discriminação, o que abrange acessibilidade geográfica, física e econômica (possibilidade de custeio individual ou coletivo), inclusive para os mais vulneráveis. Deve-se garantir o acesso às informações sobre os serviços e sobre a condição de saúde de cada um, desde que com respeito às características culturais locais e às normas de ética médica. Finalmente, os serviços de saúde devem ser de qualidade, prestados por profissionais com formação e treinamento adequados e em conformidade com as atuais evidências científicas.

## 5 Conclusão

A afirmação do direito à saúde na ordem internacional e em vários ordenamentos jurídicos é uma importante conquista civilizacional: marca a mudança de compreensão sobre o bem *saúde*, cuja relevância deixa de ser puramente individual e passa a receber atenção da coletividade. Ao assumir a saúde como direito fundamental, impõem-se ao Estado deveres correlatos de respeito, proteção e realização de medidas que melhorem a saúde das pessoas e reduzam as desigualdades.

A identificação do conteúdo normativo e, em especial, do núcleo essencial do direito à saúde confere maior precisão ao estudo e à pesquisa do tema na medida em que permite caracterizar o feixe de pretensões e prerrogativas que o integram, assim como os deveres correlatos. Longe de se propor uma “camisa de força” para o legislador e o administrador público, buscou-se individualizar os traços característicos com base na previsão do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ciente de que cada ordenamento jurídico opta por diferentes formas de promover esse direito, que variam da ausência de previsão do direito fundamental até sua positivação com

aplicabilidade imediata, bem como da promoção de políticas públicas para as populações mais vulneráveis até o modelo de sistema universal, público estatal ou com participação privada.

A abordagem das capacidades – proposta por Amartya Sen e desenvolvida por Jennifer Prah Ruger para o estudo do direito à saúde e das políticas de saúde – traz importantes contribuições para o tema na medida em que permite compreender o lugar da política de saúde no contexto da socialidade, assim como o dever de assegurar o acesso a prestações tecnicamente imprescindíveis e adequadas para a satisfação das necessidades e o alcance da liberdade substancial.

### Sobre o autor

Luciano Moreira de Oliveira é doutor em Direito Público pela Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; mestre em Saúde Pública pela Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Belo Horizonte, MG, Brasil; promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil.

E-mail: lucianomoreira80@outlook.com

### Como citar este artigo

(ABNT)

OLIVEIRA, Luciano Moreira de. Conteúdo normativo do direito à saúde: definição do núcleo essencial segundo a abordagem das capacidades. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 59, n. 234, p. 197-215, abr./jun. 2022. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/234/ril\\_v59\\_n234\\_p197](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/234/ril_v59_n234_p197)

(APA)

Oliveira, L. M. de (2022). Conteúdo normativo do direito à saúde: definição do núcleo essencial segundo a abordagem das capacidades. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 59(234), 197-215. Recuperado de [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/234/ril\\_v59\\_n234\\_p197](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/234/ril_v59_n234_p197)

### Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Teoria & Direito Público).

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012. (Coleção Manuais Universitários).

ANNAS, George J.; MARINER, Wendy K. (Public) health and human rights in practice. *Journal of Health Politics, Policy and Law*, Durham, NC, v. 41, n. 1, p. 129-139, Feb. 2016. DOI: <https://doi.org/10.1215/03616878-3445659>.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 15, n. 58, p. 129-173, jan./mar. 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso em: 15 mar. 2022.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. Metodología “fuzzy” y “camaleones normativos” en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. *Derechos y Libertades: Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, Madrid, año 3, n. 6, p. 35-50, feb. 1998.

\_\_\_\_\_. O direito constitucional como ciência de direção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 22, fev. 2008. Disponível em: [https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose\\_Canotilho.htm](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm). Acesso em: 15 mar. 2022.

DANIELS, Norman. Justice and access to health care. In: ZALTA, Edward N. (ed.). *The Stanford encyclopedia of philosophy*. Stanford, CA: Stanford University, 2013. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2013/entries/justice-healthcareaccess/>. Acesso em: 15 mar. 2022.

DEATON, Angus. *The great escape: health, wealth, and the origins of inequality*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2013.

DECLARAÇÃO de Alma-Ata. In: CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE CUIDADOS PRIMÁRIOS DE SAÚDE, Alma-Ata, 6-12 de setembro de 1978. *OPAS*, [s. l.], 24 set. 2015. Disponível em: <https://www.opas.org.br/declaracao-de-alma-ata/>. Acesso em: 15 mar. 2022.

DECLARATION of Astana. In: GLOBAL CONFERENCE ON PRIMARY HEALTH CARE, Astana, 25-26 October 2018. [S. l.]: WHO: Unicef, 2018. Disponível em: <https://www.who.int/docs/default-source/primary-health/declaration/gcphc-declaration.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022.

ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da saúde: lições*. Lisboa: Universidade Católica Ed., 2014. (Manuais Direito).

GROSS, Aeyal M. The right to health in an era of privatisation and globalisation: national and international perspectives. In: BARAK-EREZ, Daphne; GROSS, Aeyal M. (ed.). *Exploring social rights: between theory and practice*. Oxford, UK: Hart, 2011. p. 289-339.

HECLO, Hugh. The social question. In: MCFATE, Katherine; LAWSON, Roger; WILSON, William Julius (ed.). *Poverty, inequality, and the future of social policy: Western States in the new world order*. New York: Russell Sage Foundation, 1995. p. 665-691.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1998.

IGREJA CATÓLICA. Papa Leão XIII. *Carta Encíclica “Rerum Novarum” do sumo pontífice Papa Leão XIII a todos os nossos veneráveis irmãos, os patriarcas, primazes, arcebispos e*

*bispos do orbe católico, em graça e comunhão com a Sé apostólica*. Sobre a condição dos operários. Roma: A Santa Sé, [1891]. Disponível em: [https://www.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf\\_l-xiii\\_enc\\_15051891\\_rerum-novarum.html](https://www.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html). Acesso em: 15 mar. 2022.

JUŠKEVIČIUS, Jonas; BALSIEŪS, Janina. Human rights in healthcare: some remarks on the limits of the right to healthcare. *Jurisprudencija*, [Vilnius], v. 4, n. 122, p. 95-110, 2010. Disponível em: <https://ojs.mruni.eu/ojs/jurisprudence/article/view/1028/983>. Acesso em: 15 mar. 2022.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2011. (Coleção A Obra Prima de Cada Autor, 111).

LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa; GIOVANELLA, Lígia. Sistemas de saúde: origens, componentes e dinâmica. In: GIOVANELLA, Lígia; ESCOREL, Sarah; LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa; NORONHA, José Carvalho de; CARVALHO, Antonio Ivo de (org.). *Políticas e sistema de saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz: Cebras, 2009. p. 107-140.

LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado social?: a segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

\_\_\_\_\_. A “porta da memória”: (pós?) constitucionalismo, Estado (pós?) social, (pós?) democracia e (pós?) capitalismo: contributos para uma “dogmática da escassez”. *Revista Estudos do Século XX*, Coimbra, n. 13, p. 109-126, 2013. DOI: [http://dx.doi.org/10.14195/1647-8622\\_13\\_7](http://dx.doi.org/10.14195/1647-8622_13_7). Disponível em: [https://digitalis.uc.pt/pt-pt/artigo/“porta\\_da\\_memória”\\_pós\\_constitucionalismo\\_estado\\_pós\\_social\\_pós\\_democracia\\_e\\_pós\\_capitalismo](https://digitalis.uc.pt/pt-pt/artigo/“porta_da_memória”_pós_constitucionalismo_estado_pós_social_pós_democracia_e_pós_capitalismo). Acesso em: 15 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Pauperização e prestações sociais na “idade da austeridade”: a questão dos três D’s (dívida, desemprego, demografia) e algumas medidas em tempo de crise(s). *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 90, t. 2, p. 613-661, 2014.

NABAIS, José Casalta. Que futuro para a sustentabilidade fiscal do Estado? In: LOUREIRO, João Carlos; SILVA, Suzana Tavares da (coord.). *A economia social e civil: estudos*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015. p. 105-127. (Estudos SPES, 1).

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. [S. l.: s. n., 1948]. Disponível em: [http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf). Acesso em: 15 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: BRASIL. *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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm). Acesso em: 15 mar. 2022.

NORONHA, José Carvalho de; GIOVANELLA, Lígia; CONNILL, Eleonor Minho. Sistemas de saúde da Alemanha, do Canadá e dos EUA: uma visão comparada. In: PAIM, Jairnilson Silva; ALMEIDA-FILHO, Naomar de (org.). *Saúde coletiva: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Medbook, 2014. p. 151-172.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Wolters Kluwer: Coimbra Ed., 2010.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)*. Rio de Janeiro: NEPP-DH, [1946]. Disponível em: <http://www.nepp-dh.ufjf.br/oms2.html>. Acesso em: 15 mar. 2022.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão nº 39/84*. Relator: Cons. Vital Moreira, 11 de abril de 1984. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>. Acesso em: 15 mar. 2022.

QUEIROZ, Cristina M. M. *O Tribunal Constitucional e os direitos sociais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2014.

RUGER, Jennifer Prah. Health and social justice. *The Lancet*, [London], v. 364, n. 9.439, p. 1.075-1.080, Sept. 18, 2004. DOI: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(04\)17064-5](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(04)17064-5). Disponível em: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(04\)17064-5/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(04)17064-5/fulltext). Acesso em: 15 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Health, capability, and justice: toward a new paradigm of health ethics, policy and law. *Cornell Journal of Law and Public Policy*, [Ithaca, NY], v. 15, n. 2, p. 403-482, 2006a. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/cjlp/vol15/iss2/3/>. Acesso em: 15 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Toward a theory of a right to health: capability and incompletely theorized agreements. *Yale Journal of Law & the Humanities*, [New Haven], v. 18, n. 2, p. 273-326, 2006b. Disponível em: <https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/7382>. Acesso em: 15 mar. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 15 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (org.). *Direito sanitário*. Rio de Janeiro: Elsevier: Campus, 2012a. p. 99-116.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012b.

\_\_\_\_\_. Los derechos sociales en el constitucionalismo contemporáneo: algunos problemas y desafíos. In: PRESNO LINERA, Miguel Ángel; SARLET, Ingo Wolfgang (ed.). *Los derechos sociales como instrumento de emancipación*. Navarra: Aranzadi, 2010. p. 35-61. (Monografías Aranzadi, 646).

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

\_\_\_\_\_. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010.

\_\_\_\_\_. Health in development. *Bulletin of the World Health Organization*, [Geneva], v. 77, n. 8, p. 619-623, 1999. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/267897>. Acesso em: 15 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Why and how is health a human right? *The Lancet*, [London], v. 372, n. 9.655, p. 2.010, Dec. 13, 2008. DOI: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(08\)61784-5](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(08)61784-5).

SILVA, Filipe Carreira da. *O futuro do Estado social*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2013. (Ensaios da Fundação, 32).

SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos fundamentais na arena global*. 2. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014. Disponível em: <https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/35268/1/Direitos%20fundamentais.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022.

STARFIELD, Barbara. *Atenção primária: equilíbrio entre necessidades de saúde, serviços e tecnologia*. Tradução de Fidelity Translations. Brasília, DF: Unesco Brasil: Ministério da Saúde, 2002. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001308/130805por.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022.

UNITED NATIONS. Office of the High Commissioner for Human Rights. *CESCR General Comment No. 14: the right to the highest attainable standard of health (art. 12)*. [Geneva]: Office of the High Commissioner for Human Rights, 2000. Disponível em: <https://www.refworld.org/pdfid/4538838d0.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022.



# Atypical executive measures and the prohibition of surprise decisions in the Brazilian Code of Civil Procedure

DANILO SCRAMIN ALVES

**Abstract:** This article studies the connection between the prohibition of surprise decisions and the atypical executive measures in Brazilian civil procedure, so as to identify if a decision establishing one of these measures, if not given the opportunity for previous manifestation to the parties, will be a surprise decision. Firstly, an analysis of the prohibition of surprise decisions and its perception in Brazil is made. Then, the system of atypical measures is identified, principally when it comes to its prerequisites. Finally, the interaction of both principles is made. It is a qualitative research with exploratory objectives, using as a procedural basis the specialized bibliography, legislation, and jurisprudence, in an inductive method. It was observed that, in theory, a decision that establishes an atypical measure and meets all of its requirements should not be considered a surprise decision, but there is jurisprudential dissent and further research can be made.

**Keywords:** prohibition of surprise decisions; atypical measures; Brazilian civil procedure.

## Medidas atípicas de execução e a vedação a decisões surpresa no Código de Processo Civil brasileiro

**Resumo:** Este artigo estuda a conexão entre a proibição das decisões surpresa e as medidas executivas atípicas no processo civil brasileiro, a fim de identificar se a decisão que institui uma dessas medidas será uma decisão surpresa, se não for dada oportunidade de manifestação prévia às partes. Primeiramente, é feita uma análise da proibição de decisões surpresa e sua percepção no Brasil. Em seguida, identifica-se o sistema de medidas atípicas, principalmente no que diz respeito aos seus pré-requisitos. Por fim, é feita a interação de ambos os princípios. Trata-se de pesquisa qualitativa com objetivos exploratórios, tendo como base procedimental a bibliografia, a legislação e a jurisprudência especializadas, de forma indutiva. Observou-se que, em tese, uma decisão que estabelece uma medida atípica e atende a

Recebido em 24/9/21  
Aprovado em 13/11/21

todos os seus requisitos não deve ser considerada uma decisão surpresa, mas há dissenso jurisprudencial e novas pesquisas podem ser feitas.

**Palavras-chave:** proibição de decisões surpresa; medidas atípicas; processo civil brasileiro.

## 1 Introduction

This paper seeks to analyze the interaction between two principles of the Brazilian Civil Procedure Code (CPC) (BRASIL, [2021b]): the prohibition of surprise decisions, in art. 10, and the atypical executive measures from art. 139, IV, in the interest of identifying if there is the possibility of a decision which establishes an atypical measure may be nullified for being a surprise decision.

This is a necessary research because atypical measures are one of the attempts by the new legislation to bring efficiency to the executive process, and normally requires a certain level of surprise, which might be hindered by the limitation posed by the prohibition of surprise decisions.

To reach this general objective, a few specific objectives were drawn. First, an analysis of the principle of the prohibition of surprise decisions will be made, so as to understand its insertion in the Brazilian legal system, its main characteristics and its requisites and exceptions. Then, the system of atypical measures will be studied, with a focus of magistrates' power to instate such measures, with or without the previous consent of litigants.

Finally, a connection between both principles will be made, trying to identify how much of a threat the prohibition of surprise decisions is to the use of atypical measures. Based on that, two initial hypotheses can be made: either the decision of using an atypical measure is exempt of the previous manifestation of parties, thus not being considered a surprise decision, or it is not, and can be nullified for that.

This is a qualitative research, with an exploratory objective, and will be based on the analysis of the triad bibliography, legislation, and jurisprudence, in an inductive method.

## 2 The prohibition of surprise decisions principle in Brazil

The analysis of the principle of prohibition of surprise decisions in Brazil depends on the study of the constitutional procedure law system currently

established in the Brazilian legal ordinance. This is mainly because, as Sá (2018, p. 63) indicates, the Brazilian CPC was made as a means to enable the Constitutional State that is currently sought after in times of neopositivism, and not to be singular, unrelated to the other legislations.

The surprise decision prohibition principle is a direct consequence of the principle of contradiction, not too dissimilar to the adversary procedure in common law. In Brazil, said principle is called *Princípio do Contraditório*, and it is established both as a fundamental right of litigants in art. 5<sup>th</sup>, LV, of the Brazilian Constitution (BRASIL, [2022a]), and as a fundamental norm of Brazilian civil procedure in art. 9<sup>th</sup> of CPC (BRASIL, [2021b]). In fact, as Marinoni, Arenhart and Mitidiero (2017b, p. 507) point out, this principle is the basis of a Constitutional State, the minimum prerequisite for a just ruling and an organized Justice administration.

Many important procedure law researchers, such as Bueno (2018a, p. 131), Marinoni, Arenhart and Mitidiero (2017a, p. 170) and Didier Junior (2018, p. 105), reinforce the fundamental aspect of the contradictory principle in judicial actions, administrative courts, and business processes.

Bueno (2018a, p. 111) identifies as the objective of this article the enabling of litigants to actually influence and participate in the process of decision-making, so as to guarantee that due process, another fundamental right, is effectively achieved. This opportunity of participation normally occurs before the judicial decision is made. However, sometimes it is postponed, which is referred to as deferred contradictory (ZUFELATO, 2017; MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017a, p. 171).

Gonçalves (2017, p. 59-60) points out that only in urgent cases it is possible for judges to delay the contrary manifestation, either because there is not enough time to allow the other side

to participate, or because there is a risk on giving knowledge of the action to the other litigant at that time. Thus, as Alves and Medeiros Neto (2020, p. 41) identify, “this postponing (and not suppression) becomes a necessity to make the process effective, and to safeguard the petitioner’s constitutional guarantee of access to justice”.

Alves and Medeiros Neto (2020, p. 42) remember that this “is why this principle is often named as the ‘right to be heard’ or, in Latin, either *Audi Alteram Partem* or *Audiatur et Altera Pars*”.

It is important to note that this preoccupation is not a result of the contradictory principle alone, but a result of a systematic recognition, in procedure principles, of this necessity. The constitutional principle of ample defense, the idea that defendants must have conditions to respond to accusations and to question decisions (BUENO, 2018b, p. 53), is also a representation of that.

Sá (2018, p. 57) points out that both contradictory and ample defense principles are corollaries of the postulate of isonomy, inalienability of jurisdiction, parity of arms and access to justice, all constitutional procedure principles in Brazil. All of these principles, as stated by Marinoni, Arenhart and Mitidiero (2017b, p. 506), aim to prevent that, in the proceedings of an action, litigants have an asymmetry of opportunities, caused by their socioeconomic, financial, professional, informational, or even technical statuses.

All these principles, as mentioned before, are both in the current Brazilian Constitution and the CPC, in the interest of guaranteeing due process, also a part of Brazil’s Constitution (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017b, p. 506).

Other principles, such as the objective good faith principle (art. 5<sup>th</sup> of CPC) and the cooperation principle (art. 6<sup>th</sup> of CPC), also effectively communicate with the mission of

providing fair trials in Brazil, principally when it comes to the effective participation of litigants.

The prohibition of surprise decisions is both a consequence of all the previously mentioned principles, and also another reflex of the new constitutional procedure system in CPC. Some authors, such as Marinoni, Arenhart and Mitidiero (2017a, p. 171) and Souza (2017), identify this principle as the contradictory principle applied to magistrates.

This principle is currently established in art. 10 of CPC. However, even before the entering into effect of this law, the prohibition of surprise decision was already discussed its existence as a consequence of the contradictory principle.

Also, as identified by Alves and Medeiros Neto (2020, p. 49), this principle can be found in many other legal systems, such as in Italy, as the prohibition of *decisioni di terza via* from the art. 101 of the *Codice di Procedura Civile*, in Germany, as the *Verbot von Überraschungsentscheidungen* from the art. 139, item 2, of the *Zivilprozessordnung*, amongst others.

The principle of the prohibition of surprise decisions means that, when making decisions, judges must use criteria that have been effectively and previously discussed by the litigants during the proceedings of the lawsuit, allowing them to influence said decision (BUENO, 2018b, p. 112).

Surprise decisions, as stated by Souza (2014, p. 136), are those whose grounds or fundaments have not been previously mentioned in the lawsuit, or which have not been discussed by litigants, resulting in a decision which has been founded on innovative information known only by the magistrate.

The grounds on which decisions might be made can be of three different kinds: factual, normative/legal, or juridical. The factual or factual material fundament represents what happened in real life that caused the parties

to start litigation. The normative or legal fundament refers to the legislation which can, was or will be used to ground the litigants' claims and the decisions. The juridical fundament means the arguments evoked by the litigant to support their claim or defense, an analysis of what happened and how the law should be used in this specific case.

Even if all three fundaments could be, at least theoretically, used as the paradigm established by art. 10 of CPC, it has been systematically reinforced that this provision refers to the juridical fundament, meaning that judges only must call litigants to manifest themselves, thus ruling out the possibility of a surprise decision, if they see a different connection between facts and legislation than the ones presented by litigants.

The factual fundament, supported by the principle of demand, might be stretched by the fact that judges have what is called the probative instruction of office, which means the *causa petendi* defined by litigants is not changed, but the facts brought out went further than previously raised. It is important to note, however, that the facts, once included in the proceedings, have to be presented to litigants, because they almost certainly will influence the juridical fundament.

When it comes to the legal fundament, there is a rift in juridical research. If applied to the rule of art. 10, this would mean that, once litigants raise their claims and defenses based on a specific law, for example, the decision cannot be founded on different legislation. Mollica (2017) suggests that this might be the rule amongst specialized authors.

It is important to note, on the other hand, that there has been dissent on occasion in regard to this point. The Brazilian National School of Training and Improvement of Magistrates (ENFAM) has established, in Enunciations

n. 1 and 6, that it believes that the fundament mentioned in art. 10 is the factual basis of the request, and that, even if not supported by the legal grounds brought by parties, may be considered correct if supported by the evidence, if said evidence was accordingly contradicted (ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS, [2015]). Also, Brazil's Superior Court (STJ) has repeatedly decided that the fundament of art. 10 of CPC is the juridical, not the legal.

Brazilian tradition has established such principles as *Iura Novit Curia*, “the court knows the law”, and *Narra (or Da) mihi factum dabo tibi jus*, “narrate (or give) me the facts and I will give you the law”, which mean, as states Gajardoni, Delloro, Roque and Oliveira Junior (2014, p. 65), that judges will decide according to the best legal framework possible, regardless of the position of litigants, or the lack thereof. Recently, this has been relativized, which is used to criticize ENFAM's position on the issue (SÁ, 2018, p. 59).

The ending of art. 10 of CPC introduces an innovation that is the prohibition of surprise decision even if this decision can or must be made *ex officio* (BRASIL, [2021b]). Decisions *ex officio* are those which the law require magistrates to make regardless of being asked to by litigants. They are normally such important subjects that it is imperative that they are decided, even if there was no provocation for doing so.

Analyzing this new addition, Zufelato (2017) indicates that the new system requires judges to aptly identify the necessity of an *ex officio* decision, but then provide opportunity for litigants to present their manifestations about the subject, before actually making the decision.

This is the framework of the principle of the prohibition of surprise decisions in Brazil. It is worth noting that the name of this principle,

however much recognized nowadays, was not mentioned in the CPC, which decided to explain the prohibition without naming it.

The clear objective of this article of the CPC is to give litigants an opportunity to participate in the process of decision-making actively and effectively, which will probably result in better decisions. These decisions, which will affect them, should not have an element of surprise, or the good faith principle would also be disrespected (BUENO, 2018b, p. 112).

If a decision made is found to be a surprise decision, it will be considered null and void of effects, being considered *error in procedendo* (ZUFELATO, 2017). Alves and Medeiros Neto (2020, p. 48) conclude “that the prohibition on the surprise decision limits judicial action, promoting a resurgence of the jurisdictional power in the conduct of the action and re-establishing the parties at the center of the judicial provision”.

Another result of this principle is that decisions will more rarely be generic, as the prohibition on surprise decisions forces judges to address all claims that have been made by litigants. This will also limit the possibility of standardized decisions, as they are not particular to the case, which means they will probably not provide a dialog between what was brought forward by parties and the fundaments elected by the judge, representing the inexistence of proper consideration by the judge of the specific demand proposed (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 455).

The prohibition of surprise decisions must be considered, even as a means to enable the new Brazilian tradition of a constitutional and democratic process. This is the reason why many other CPC articles reinforce the same prohibition.

Flach (2016) mentions art. 493, which requires judges to give litigants the opportunity to manifest themselves if new constitutive,

amending, or extinguishing facts that can be applied to the cause and might influence the judgment are found. Similarly, art. 933 of CPC says that, in case of “a supervening fact on the appealed decision or the existence of an appreciable question of office not yet examined that should be considered in the judgment of the appeal, the parties must be summoned to comment within five days” (BRASIL, [2021b] apud ALVES; MEDEIROS NETO, 2020, p. 48).

This importance is such that this principle, despite being established in the Brazilian CPC, has been applied to other kinds of procedure, such as Labor Procedure, as mentioned by Alves (2020, p. 151-152).

This principle, despite having been steadily brought into Brazil’s procedure tradition before CPC, has now been effectively inserted in Brazilian legislation, and constitute an important movement in the direction of a participative jurisdiction and a democratic process.

Once recognized the prohibition of surprise decisions, it is necessary to address the atypical executive measures, so as to identify the possible connection, or rather, conflict, between those innovations.

### 3 Atypical executive measures in CPC

The executive part of a process, in the Brazilian legal system, is the moment in which either a judicial decision is brought into effect (thus, for instance, indemnifying the offended) or a document that can be reinforced by the Judiciary Branch (such as a cheque or a promissory note).

Recently, there has been a tradition of naming the first type of execution *cumprimento de sentença*, or sentence fulfillment, as, at least normally, the decision that is brought into effect is a sentence. Despite the name, any judicial executive title can be used for a sentence fulfillment.

On the other hand, the term execution process (in Portuguese, *processo de execução*) has been used to address other judicial reinforcements (BUENO, 2018b, p. 612). However, it is important to point out that there has been some criticism over the use of the expression execution process, as many authors believe that there is only one process, in which there is a specific part that seeks the satisfaction of what is in a document with legal validity.

Nevertheless, the idea is the same, the execution is the stage of the process in which a judge tries to deliver the desired legal asset either embodied in a judicial decision or in an extrajudicial valid title. As Dinamarco (2008) states, in this specific part of a process, judges must deliver to the plaintiff that which they should have if the interference of the Judiciary Branch had not been necessary.

It is correct to say, then, that the execution is the consubstantiation of the access to justice, which is established in art. 5<sup>th</sup>, XXXV, of the Brazilian Constitution. As Cappelletti and Garth (1988) made it clear, this principle can not be limited only to the ability to start an action but must include the effective provision of legal protection and a response to the demand.

Not only that, in fact. It is also necessary to deliver said legal protection and response in a reasonable amount of time, as per art. 5<sup>th</sup>, LXXVIII, of the Brazilian Constitution. This principle is normally called reasonable duration of process (CÂMARA, 2010).

Despite being grounded on constitutional bases, the execution in Brazil has been consistently criticized over its inefficiency, either because the desired result is not reached or because this phase drags on for years (CASTRO, 2019). According to Medeiros Neto (2018), it has in fact been a stimulus to those who study juridical science in Brazil.

The current CPC in Brazil came into the legal system in 2015, and it tries to change this tradition of inefficiency and lentor. It establishes many different instruments to make it possible for judges to deliver the judicialized asset safely and effectively to the creditor. One of these instruments is the atypical executive measures.

In the previous tradition of Brazilian law, in accordance with the revoked Code of Civil Procedure of 1973 (CPC/1973), the system employed the principle of the typicity of execution (SÁ, 2018, p. 932-933), based on its strong positivism spirit, limiting executive measures to those foreseen by procedural legislation. There were, as mentioned by Bueno (2018b, p. 207), some cases of atypicality, but they were mostly out of the main CPC, in sparse laws or laws which are not inherently procedural, such as art. 84 of the Brazilian Code of Consumer Protection (CDC) (BRASIL,

[2021a]) and were limited to cases in which money was not the focus.

This has been found to be extremely limiting to the efficiency of execution, as the Legislative Branch could never foresee every single complication which could occur in actions, and because the repetitive use of the same measures meant defendants who were not interested in honoring their obligations had an easier time dodging the regular instruments used.

The current CPC, however, despite still valuing the idea of typical measures for execution, in the interest of ensuring legal certainty, recognized the possibility of atypical executive measures, directing its system to a concentration of power in execution of magistrates, to whom a general power of effectiveness is given, which was also called principle of atypicality (DIDIER JUNIOR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 100).

This means that lists of executive instruments, such as the ones found in arts. 536, 1<sup>st</sup> paragraph, and 538, 3<sup>rd</sup> paragraph, of CPC, are examples only, not *numerus clausus* (GONÇALVES, 2017, p. 244).

The confirmation of this new perception on executive measures comes in art. 139 of CPC. This article, which enlists the powers, the obligations, and the responsibilities of judges, established, in its item IV, that magistrate can “determine all inductive, coercive, mandatory or subrogatory measures necessary to ensure compliance with a court order, including in actions that have as their object the payment of money” (BRASIL, [2021b], our translation).<sup>1</sup>

There has been criticism based on the lack of technicality of the legal text, as some authors

---

<sup>1</sup> In the original language: “Art. 139 [...] IV – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”.

consider inductive, coercive, and mandatory to be the same thing: indirect means of execution, while subrogatory measures would be the direct atypical means (DIDIER JUNIOR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 101). However, a distinction could still be made between the others.

An inductive measure involves offering the executed an advantage, a prize, for the compliance with the obligation which must be fulfilled. Meireles (2015) mentions, as examples, the reduction by half of attorney's fees if the debtor of an extrajudicial executive title makes payment within 3 (three) days (art. 827, 1<sup>st</sup> paragraph, of CPC) and the exemption from procedural costs.

Alves and Mollica (2021, p. 118) alert that this atypical measure cannot affect rights of third parties, nor can it go against the law if it establishes something specific. As an example of a viable atypical inductive measures, the authors mention the possibility of extending the deadline for an action to be performed by the debtor.

Coercive measures are sanctions or punishments to direct the executed to fulfill their obligation. According to Alves and Mollica (2021, p. 118), these sanctions can be of different kinds, some of which are and some of which are not accepted legally. They can be economic, such as fines; moral, such as warnings; legal, such as loss of capacity; social, such as banishment; or even physical, such as whipping (MEIRELES, 2015).

Alves and Mollica (2021, p. 118) point out that most atypical measures extensively used in Brazil nowadays, such as the apprehension of driver's licenses or passport, or the forbidding of participating in tests to become public servants are coercive.

Mandatory measure is the expedition of an order by the magistrate that must be fulfilled by the recipient, "under theoretical penalty of

incurring the crime of disobedience in case of non-compliance" (ALVES; MOLLICA, 2021, p. 118, our translation).

The last kind of atypical measure is the subrogatory, in which the obligation is performed by a third party, not the plaintiff or the defendant, under the expenses of the one who should have complied.

At the end of art. 139, IV, (BRASIL, [2021b]) there is the confirmation that these atypical measures can be applied to cases in which the discussion only involves money, which, as mentioned before, was not the case before the new legislation.

It is important to specify, however, that the art. 139, IV, is not the only part of the CPC in which atypical measures are recognized to be possible in the Brazilian legal system.

The first such case is in regard to provisional decisions. According to art. 297, judges can, in the interest of making sure a provisional decision is effective, determine measures, not mattering if they are typical or not (BRASIL, [2021b]; MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017a, p. 391-392).

Another instance of the prevalence of the possibility of atypical measures is in art. 380, single paragraph, (BRASIL, [2021b]) which establishes that, if a third party fails to comply with the obligations to inform facts and circumstances of which is aware, or to exhibit something or document in is possession of, the judge may impose a fine and any other inductive, coercive, mandatory or subrogatory measures.

Art. 400, single paragraph, also recognizes the possibility of atypical measures as a means to guarantee the exhibition of documents, which, before the innovation by the law in 2015, was considered illegal by Brazil's STJ, at least on the matter of fines (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017a, p. 516). This possibility is also applied to the exhibition of documents by

third parties, in accordance with art. 403, single paragraph, and to the order of deliverance of documents, data or information, as instituted by art. 773 of CPC (BRASIL, [2021b]; MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017a, p. 859).

One of the most important articles, though, is the art. 536, 1<sup>st</sup> paragraph. It is constantly connected to the art. 139, IV, as the basis of atypical measures in Brazilian procedural law. This article, in words of Alves and Mollica (2021, p. 120, our translation)

allows the judge to use measures such as fines, search and seizure, removal of people and things, carrying out or undoing works and preventing harmful activity to satisfy the fulfillment of an obligation of doing or not doing, even using police force for such execution. However, even more important is the fact that, in addition to these undeniably typical measures, the aforementioned paragraph begins with the provision that these determinations can be used among other measures, thus recognizing the possibility of using atypical measures.<sup>2</sup>

All these articles converge in the notion that, if necessary, it is possible for judges to use atypical measures to promote the compliance with a judicializable matter. Despite having been normally connected to the execution, where most of the times the necessity of judicial reinforcement arises, it is important to note, however, that atypical measures can be used in any procedural phase (SÁ, 2018, p. 1.047).

There is a debate if atypical measures can be used in both executions based on judicial decisions and executions of extrajudicial executive titles. Didier Junior, Cunha, Braga and Oliveira (2017, p. 105) defend that in both cases the use atypical measures is possible, while Marinoni, Arenhart and Mitidiero (2016, p. 783) defend that only in executions based on judicial decisions should atypical measures be used.

There is also the matter of the possibility of using the atypical measures before the use of typical measures, that is, if the use of atypical measures is subsidiary or not. In that regard, researchers diverge.

Assis (2018, p. 130-131, our translation), who believes in the unconstitutionality of the atypical measures, understands that there is nothing on art. 139, IV, that indicates subsidiarity. He concludes that, it is “a limitation as manifestly arbitrary as the measures listed”.

---

<sup>2</sup> In the original language: “permite que o juiz se utilize de medidas como multa, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, fazimento ou desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva para satisfazer o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, utilizando, inclusive, de força policial para tal efetivação. Entretanto, ainda mais importante é o fato de que, além dessas medidas inegavelmente típicas, o parágrafo mencionado inicia com a disposição de que essas determinações podem ser utilizadas dentre outras medidas, reconhecendo, assim, a possibilidade de utilização de medidas atípicas”.

Marinoni, Arenhart and Mitidiero (2016, p. 783) state that CPC established the rule of atypicality of executive measures, making it so that judges decide what measures they believe adequate, not mattering if they are typical or not.

Some authors, such as Gonçalves (2017, p. 244) and Didier Junior, Cunha, Braga and Oliveira (2017, p. 105-106), believe that if the interest in the execution is that of doing, not doing, or giving something, which is not money, the executive measures can be either typical or not since the beginning, thus utilizing the idea of atypical measures as a rule. On the other hand, these authors defend that, if the execution is based on paying, then the rule is that of typical measures, establishing a subsidiarity.

Another debate that commonly arises is the acceptance of the atypical measures by the Superior Courts in Brazil. To a lesser degree, this discussion also involves the constitutionality of art. 139, IV.

The manifestation of these higher courts is essential in delimiting the possible use of atypical measures. There has been, as stated by Medeiros Neto (2019), almost constant debates over the subject, and the decisions of the Judiciary Branch, in connection to the specialized doctrine, will be fundamental to the correct understanding of this new instrument.

The discussion is, in fact, so ample that it has necessitated researchers to study the matter focusing on specific spheres of jurisdiction. Alves and Mollica (2021, p. 111), for instance, researched the topic on the Superior Courts of Brazil, while Medeiros Neto and Reinas (2018) studied it in São Paulo's Court.

Nevertheless, one instance in specific should be noted, which is the understanding of atypical measures in the Brazilian Supreme Court (STF).

Considering its strictly constitutional competence, not many cases questioning this subject have been brought to the Supreme

Court's attention. However, a few have and are worth mentioning.

Most of these few lawsuits which reach Brazil's STF are *habeas corpus* destined to suspend decisions which apprehended, as an atypical measure destined to pressure respondents into compliance, driver's licenses, or passports, on the basis that the apprehension is an unconstitutional limitation to the "come and go" right.

However, one specific action, the Direct Unconstitutionality Action n. 5941, adjudicated in May of 2018 (BRASIL, [2022b]), seeks to have the nullification of virtually all articles related to atypical measures in CPC if they are seizure and retention of Driver's License, suspension of the right to drive, seizure of passport and prohibition to participate in public servant's tests or public biddings. The bases were human dignity, the principle of legality, liberty of locomotion, due process, legal access to public services and the right/obligation for the State to release public biddings for selecting its contracts.

There was a preliminary injunction to suspend the effects of those articles, but it was denied. Brazil's House of Representatives, Senate and Attorney General sent their manifestations in the defense of the legislation as is, while the Public Prosecutor's Office has agreed with the limitation sought after by the action.

The action was placed on the judgment agenda for November 11, 2021. It is necessary to point out, however, that this is the third inclusion of the case on the agenda, having been removed in the two previous instances.

The future of the atypical measures in Brazil is still uncertain. But it is possible to see that they have been consistently used in these few years of existence. Now, it is necessary to understand the connection between them and the prohibition of surprise decisions.

## 4 The prohibition of surprise atypical measures

As established before, the discussion that centers this paper is the necessity or not of the atypical measures inserted in art. 139, IV, amongst others, of CPC to be submitted to the principle of surprise decisions foreseen in art. 10.

The first point that must be registered, of course, is that this debate is not centered on the possibility of an atypical measure being or not subjected to contradictory, for a decision to be constitutional it must be subject to contradictory.

As previously mentioned, the cases in which a decision is made before parties manifest themselves must always be subjected to a future manifestation. This is called deferred contradictory.

The debate is, then, if the judge must, before deciding on the use of an atypical measure, give the opportunity for the parties to manifest themselves (thus using the deferred contradictory), and, more importantly, if the decision made without this previous opportunity could be nullified or not by a Court on the basis of it being a surprise decision.

This question can be divided into two separate points of view. The first one is the plaintiff's right to agree or not to the means used by the judge to somehow direct the defendant into the compliance of what is being sought after in the lawsuit. Obviously, this discussion is only meaningful if author of the action has not asked for the use of an atypical measure, as the act of asking for one is in itself the manifestation which averts the allegation of a surprise decision.

In other words, for the use of an atypical decision without the request of plaintiffs not to be a surprise decision, it is necessary to identify if judges can or not decide on atypical measures *ex officio*. This analysis has been made before, and the apparent conclusion is that judges can do that, based on judges' autonomy which comes from the *imperium* power, according to Marinoni, Arenhart and Mitidiero (2017a, p. 284) or the creative power of the jurisdictional activity, in accordance with Didier Junior, Cunha, Braga and Oliveira (2017, p. 102).

To Sá (2018), this means that atypical measures do not follow a list, they are not bound by the request of the parties; can be changed according to the specific circumstances; can be granted *ex officio*, and, if not complied with; can generate the sanctions imposed by the coercive measure, penalty of malpractice litigation or accountability for the crime of disobedience (SILVA, 2017).

In this line of thought, the use of an atypical measure which was not requested by the plaintiff is not considered a surprise decision. However, it is important to point out that, in accordance with the principle, an

opportunity of manifestation must be provided after the imposition of the measure, so as to honor the deferred contradictory rule.

The analysis of the possibility of an atypical measure constituting a surprise decision for the executed (as in, the defendant) is a bit more complicated.

As mentioned by Silva (2017), the change of civil procedure code also brought a raise in judges' powers in directing the execution, go as far as giving them ample liberty to decide on coercive measures to be used in the interest of compliance. However, even with the majoring of powers, judges still have to follow the obligation of justifying their decision on legal and juridical grounds.

Didier Junior, Cunha, Braga and Oliveira (2017, p. 111) point out that the decision made by the magistrate must respect principles such as the proportionality, reasonability, the prohibition of excess, efficiency, and the lesser cost of execution. Similarly, Sá (2018, p. 1.048) identifies three requisites for such decision: adequation, efficiency and lesser cost. Medeiros Neto (2019), along with efficiency, proportionality, and reasonability, includes the principle of cooperation, without prejudice to other constitutional principles and guarantees.

This means that the decision of using an atypical measure must be proportional, in the sense that Ávila (2006, p. 121) brings forward, which means it must be adequate, where the means promotes the end; necessary, with the measure being the least burdensome possible; and strictly proportional, insofar as the disadvantages of the means are the desired advantages of the end.

The result of this discussion is that, when applying an atypical measure, the principles of Brazilian civil procedure, most of which are represented by the twelve first articles of CPC, named the "fundamental norms of civil procedure", must be given conformation. The principle of the prohibition of surprise decisions is included there, thus being a logical, if only theoretical, conclusion that atypical measures decisions must not be a surprise to the defendant at least.

Castro (2017, our translation) specifically states that the decision of establishing an atypical measure must be made "without prejudice to the prohibition of surprise decisions", which points out to the same conclusion.

On the other hand, it is necessary to remember that, at times, the system of civil procedure has specifically stated that judges can defer requests *inaudita altera parte*, which means without giving the opportunity for the defendant to manifest themselves. This is foreseen in art. 300, 2<sup>nd</sup> paragraph (BRASIL, [2021b]).

This will happen when the efficiency, which is also one of the requisites of atypical measures, requires judges to perform without the knowledge

of the debtor. This is especially necessary when there is the possibility of the executed to somehow invalidate or jeopardize the executive measure.

Once again, it does not mean that the executed will not be able to manifest themselves, but rather, in accordance with the deferred contradictory, they will present their point of view when timely advised. Not only that, but the law also establishes, in the 3<sup>rd</sup> paragraph of art. 300 (BRASIL, [2021b]), that if there is the possibility of the measure not being reversible, it will not be conceded.

The use of atypical measures, then, as identified before, should follow specific choice criteria, which, for Didier Junior, Cunha, Braga and Oliveira (2017, p. 113-115), are adequacy, which is the rule that the measure is the means to the effective attainment of the desired end; necessity, which translates into the impossibility of the atypical measure to extend beyond the objective sought; and conciliation of the opposing interests of the parties in the process, a corollary of proportionality in the strict sense. Castro (2019) follows the same guidelines for such decisions. Neither of them mentions the necessity of a previous manifestation of the parties.

However, Didier Junior, Cunha, Braga and Oliveira (2017, p. 140-141), who go further on the requisites to include the duly substantiation, the possibility of *ex officio* measures, and the ineffective measure change, specifically identify the necessity of the contradictory, even if deferred. This means that these authors precisely defend that the contradictory of atypical decisions can come after the decision is established, thus making it so that the decision cannot be nullified on the basis of being a surprise decision.

The necessity of contradictory is obvious. Even if they are a debtor, the defendant is a holder of fundamental rights, so much so that the use of any measures, atypical or not, must comply with the respect of the person, their dignity, and their liberty. This is why Medeiros Neto (2018) states that the measure must have a direct or indirect connection to the interest of compliance.

Doctrinally, there has been consensus in Brazil that, while it is moved in the interest of the creditor, the execution must be the least burdensome to the debtor and must be processed using the patrimony of this debtor, and not the debtor as a person, principally if the obligation in discussion in the action is strictly pecuniary, as Coêlho, Medeiros Neto, Yarshell and Puoli (2016, p. 28) point out. This is supported by the art. 789 of CPC (BRASIL, [2021b]).

This is why Alves and Mollica (2021, p. 125) identify atypical measures should only be used by magistrates in cases where the parties are not complying with the decision issued by their own option, and not in cases where compliance is impossible. Gonçalves (2017, p. 245) reinforces that

opinion saying that atypical measures should be used because other means prove not to be effective, because the debtor maliciously conceals the assets or causes embarrassments and difficulties to their constriction, and not because they simply do not have assets. That is, typical measures are especially valuable against the so called “professional debtors”, people who hide their patrimony in the interest of not honoring their debts, not against the poor or the bankrupt.

Neves (2017) alerts, however, that the fact that most atypical measures involve the suppression of rights of the debtor, it does not mean that the execution is being processed towards the person of the debtor and not their patrimony, but only that they are being used to pressure debtors into compliance.

As Alves and Mollica (2021, p. 125-126) point out, that would only be the case if, for example, the judge established the atypical measure of the suspension of the right to drive and concluded that the obligation of paying the debt of the defendant is now honored. In this case, the person of the debtor would have, in fact, been liable for the debt, not their patrimony.

Nevertheless, the point is that atypical measures are most of the times used against people who go out of their way not to pay their debts or honor their obligations. It would not be farfetched to believe that those people could make use of subterfuges to hinder the efficiency of the atypical measure, which is precisely the case in which the deferred contradictory is necessary.

The conclusion that must be made, considering the theme of this paper, is that the contradictory is an essential part of the atypical measures, but, if there is any indication that the previous chance to manifest will affect the efficiency of the measure, it is advisable to defer it to a future moment, and the decision cannot be nullified on the basis of it being a surprise one.

For instance, considering one of the most typical atypical measures, if the best instrument for the compliance in a case is the apprehension of the passport of the debtor, the measure itself will have no effect if the litigant goes abroad during the period they have to present their considerations on this measure.

Even if this theoretical conclusion is possible to be made in accordance with specialized doctrine, it is important to note that there could be decisions, especially in Courts, which see the matter from a different angle.

In this research, it was possible to conclude that this conflict has apparently not been brought to Courts’ attention in a substantial number of times. However, it was subjected to jurisdiction enough that there is at least one ruling that contradicts the theory developed in this paper.

The State Court of Paraná has recently, in April of 2021, decided that, for the use of the atypical measure of the apprehension of Driver's License, it was "imperative the observance of the previous contradictory and the prohibition of surprise decisions" (PARANÁ, 2021, our translation), which made the decision of the judge of using it, at that time, null.

It is clear that both understandings are possible, even if, theoretically, there seems to be more support for the understanding that the decision of using an atypical measure will not be a surprise decision if the other requisites are foreseen.

## 5 Conclusion

The basis of the discussion at hand is if the decision made by a judge of using an atypical executive measure, in the interest of directing the defendant towards the compliance of the obligation, can or not configure the surprise decision that is prohibited by art. 10 of CPC.

Firstly, an analysis of the prohibition of surprise decisions was made. It is a principle and a fundamental norm of Brazilian civil procedure, established by art. 10 of CPC, and it seeks to stop judges from making decisions without giving parties an opportunity to manifest themselves. It was possible to observe that the prohibition of surprise decisions helps to make the decision-making process fair and just, but at times the manifestation of the litigants can be made at a following moment, which is called deferred contradictory.

Then, the system of atypical measures was studied. It was a paradigm shift, which changed the previous single focus on typical measures to a system of freer means of execution. This new principle is established in art. 139, IV, of CPC, but it permeates the whole law. There is some resistance to its use and its constitutionality has been questioned.

Finally, on the core discussion of this paper, a connection between both institutes was made, at least preliminarily. It was found that, despite there being a little evidence indicating that the prohibition of surprise decisions is applied to atypical measures, the larger theoretical research made it so that the conclusion is that it does not, and the use of deferred contradictory is possible, and at times necessary, for atypical measures.

However, it was also possible to observe that there has been ruling in favor of nullifying decisions which established atypical measures for the lack of previous manifestation, effectively using the idea of the prohibition of surprise decisions on atypical measures.

Thus, further research should be made, principally in the interest of understanding the perception of Courts on the topic, so as to establish a stronger conviction on the connection between both institutes.

## Sobre o autor

Danilo Scramin Alves é mestre em Direito pela Universidade de Marília, Marília, SP, Brasil; doutorando em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, SC, Brasil, em regime de cotutela, com dupla titulação na Università degli Studi di Perugia, Perugia, Itália; docente do curso de Direito do Centro Universitário Uninorte de Rio Branco, Rio Branco, AC, Brasil; analista processual do Ministério Público do Estado do Acre em Rio Branco, Rio Branco, AC, Brasil.

E-mail: daniloscramina@hotmail.com

## Como citar este artigo

(ABNT)

ALVES, Danilo Scramin. Atypical executive measures and the prohibition of surprise decisions in the Brazilian Code of Civil Procedure. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 59, n. 234, p. 217-234, abr./jun. 2022. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/234/ril\\_v59\\_n234\\_p217](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/234/ril_v59_n234_p217)

(APA)

Alves, D. S. (2022). Atypical executive measures and the prohibition of surprise decisions in the Brazilian Code of Civil Procedure. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 59(234), 217-234. Recuperado de [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/234/ril\\_v59\\_n234\\_p217](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/234/ril_v59_n234_p217)

## Referências

ALVES, Danilo Scramin. *A teoria geral do direito processual do trabalho: uma análise a partir do acesso à Justiça do Trabalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

ALVES, Danilo Scramin; MEDEIROS NETO, Elias Marques de. An analysis of Brazil's prohibition of surprise decisions in comparison to European legal systems. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 45, n. 304, p. 39-57, jun. 2020.

ALVES, Danilo Scramin; MOLLICA, Rogério. Considerações acerca das medidas executivas atípicas do CPC/2015 e sua incidência na jurisprudência dos tribunais superiores. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 46, n. 311, p. 111-132, jan. 2021.

ASSIS, Araken de. Cabimento e adequação dos meios executórios "atípicos". In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youji (coord.). *Medidas executivas atípicas*. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 111-133. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, 11).

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. [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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Access on: Mar. 16, 2022.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021a]. Available at: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm). Access on: Mar. 16, 2022.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021b]. Available at: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Access on: Mar. 16, 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.941/DF*. Requerente: Partido dos Trabalhadores – PT. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Luiz Fux, [2022b]. Available at: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5458217>. Access on: Mar. 16, 2022.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil: parte geral do Código de Processo Civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018a. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito processual civil: volume único*. 4. ed. ampl., atual. e integralmente rev. São Paulo: Saraiva, 2018b.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 20. ed. inteiramente rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1988.

CASTRO, Daniel Penteado de. Medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias: há limites para o art. 139, IV? *Migalhas*, [São Paulo], 5 maio 2017. Coluna CPC na Prática. Available at: <https://www.migalhas.com.br/CPCnaPratica/116,MI258376,91041-Medidas+indutivas+coercitivas+mandamentais+ou+subrogatorias+ha>. Access on: Mar. 16, 2022.

\_\_\_\_\_. Morte ao art. 139, IV, do CPC? *Migalhas*, [São Paulo], 24 jan. 2019. Coluna CPC na Prática. Available at: <https://www.migalhas.com.br/CPCnaPratica/116,MI294881,41046-Morte+ao+art+139+IV+do+CPC>. Access on: Mar. 16, 2022.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; YARSHELL, Flávio Luiz; PUOLI, José Carlos Baptista. *O novo Código de Processo Civil: breves anotações para a advocacia*. Brasília, DF: OAB, Conselho Federal, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: execução*. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. v. 5.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2018. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS. *Seminário – O Poder Judiciário e o novo Código de Processo Civil: enunciados aprovados*. [S. l.]: ENFAM, [2015]. Available at: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERSÃO-DEFINITIVA-.pdf>. Access on: Mar. 16, 2022.

FLACH, Rafael. A proibição da sentença de “terceira via” como direito fundamental associado ao contraditório. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia*, Salvador, ano 5, n. 7, p. 261-280, mar. 2016. Available at: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/146212>. Access on: Mar. 16, 2022.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral*. São Paulo: Método, 2014. (Comentários, v. 1).

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017a.

\_\_\_\_\_. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017b. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. O recente julgamento do RHC 97.876-SP no Superior Tribunal de Justiça e o artigo 139, IV, do CPC/15. *Migalhas*, [São Paulo], 14 jun. 2018. Coluna CPC na Prática. Available at: <https://www.migalhas.com.br/CPCnaPratica/116,MI281731,61044-O+recente+julgamento+do+RHC+97876+SP+no+Superior+Tribunal+de+Justica>. Access on: Mar. 16, 2022.

\_\_\_\_\_. Reflexão sobre o artigo 139, IV, do CPC/15. *Migalhas*, [São Paulo], 25 abr. 2019. Coluna CPC na Prática. Available at: <https://www.migalhas.com.br/CPCnaPratica/116,MI301009,31047-Reflexao+sobre+o+artigo+139+IV+do+CPC15>. Access on: Mar. 16, 2022.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de; REINAS, Caroline Pastri Pinto. A aplicação das medidas executivas atípicas do artigo 139, IV, do CPC/2015 pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 43, n. 286, p. 277-297, dez. 2018.

MEIRELES, Edilton. Medidas sub-rogoratórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n. 247, p. 231-246, set. 2015.

MOLLICA, Rogério. O princípio da vedação às decisões-surpresa e sua conformação pelo STJ. *Migalhas*, [São Paulo], 3 ago. 2017. Coluna CPC na Prática. Available at: <https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-na-pratica/263094/o-principio-da-vedacao-as-decisoes-surpresa-e-sua-conformacao-pelo-stj>. Access on: Mar. 16, 2022.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa: art. 139, IV, do novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 42, n. 265, p. 107-150, mar. 2017.

PARANÁ. Tribunal de Justiça (13. Câmara Cível). *Agravo de Instrumento nº 0053364-65.2020.8.16.0000*. Agravo de instrumento. Ação de execução de título extrajudicial. Decisão que deferiu o pedido de suspensão da Carteira Nacional de Habilitação. Medida atípica de cumprimento de ordem judicial (artigo 139, IV, CPC/15). Instrumento que [deve] ser compatibilizado com os demais princípios e garantias fundamentais do ordenamento jurídico [...]. Agravante: Sebastião Braz Ferreira Santiago. Agravado: Banco do Brasil S/A. Relatora: Des. Josély Dittrich Ribas, 9 de abril de 2021. Available at: [https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000015147581/Acórdão-0053364-65.2020.8.16.0000#integra\\_4100000015147581](https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000015147581/Acórdão-0053364-65.2020.8.16.0000#integra_4100000015147581). Access on: Mar. 16, 2022.

SÁ, Renato Montans de. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SILVA, Jaqueline Mielke. Os novos mecanismos de efetivação do direito fundamental à tutela jurisdicional executiva efetiva e tempestiva previstos no NCPC (Lei 13.105/15). *Novos Estudos Jurídicos*, [Itajaí], v. 22, n. 1, p. 6-28, jan./abr. 2017. DOI: <https://doi.org/10.14210/nej.v22n1.p6-28>. Available at: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/10630/5967>. Access on: Mar. 16, 2022.

SOUZA, André Pagani de. “Decisão-surpresa” e a sua vedação no processo civil brasileiro. *Migalhas*, [São Paulo], 27 abr. 2017. Coluna CPC na Prática. Available at: <https://www.migalhas.com.br/CPCnaPratica/116,MI257894,21048-Decisaosurpresa+e+a+sua+vedacao+no+Processo+Civil+brasileiro>. Access on: Mar. 16, 2022.

\_\_\_\_\_. *Vedação das decisões-surpresa no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2014. (Coleção de Direito e Processo. Técnicas de Direito Processual).

ZUFELATO, Camilo. La dimensión de la “prohibición de la decisión-sorpresa” a partir del principio de contradicción en la experiencia brasileña y el nuevo Código Procesal Civil de 2015: reflexiones de cara al derecho peruano. *Derecho PUCP*: Revista de la Facultad de Derecho, Lima, n. 78, p. 21-42, 2017. DOI: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201701.002>. Available at: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/18640>. Access on: Mar. 16, 2022.

Acesse todas as edições da  
Revista de Informação Legislativa

[www.senado.leg.br/rii](http://www.senado.leg.br/rii)



Acesse todas as edições da  
Revista de Informação Legislativa

[www.senado.leg.br/rii](http://www.senado.leg.br/rii)

SENADO FEDERAL



ISSN 0034-835X



9 770034 835008 00234