

REVISTA DA FACULDADE DE
DIREITO

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

REVISTA DA FACULDADE DE
DIREITO

ISSN: 0304 – 2340
e-ISSN: 1984 – 1841

Revista da Faculdade de Direito da UFMG | Belo Horizonte | Nova Fase - 1962 | n. 88 | pp. 1 - 386 | jan./jul. 2026

© 2026 Revista da Faculdade de Direito da UFMG
Printed in Brazil

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.
As opiniões emitidas em artigos ou notas assinadas são de exclusiva responsabilidade dos respectivos autores.

Esta revista encontra-se disponível também em <http://www.direito.ufmg.br/revista>

DOI: 10.12818/P0304-2340.2026v88

Pede-se permuta
Přidese canje
Man bittet um Austausch
We ask for Exchange
On demande l'échange
Si riquiere lo scambio

Esta publicação encontra-se indexada nas seguintes bases de dados: *Ulrich's Periodical Directory*, *Bibliotheksservice-Zentrum Baden-Württemberg*, *ZBD: Zeitschriftendatenbank*, e *Latindex*, dentre outras.

Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.
Nova Fase – 1962. - Belo Horizonte.

Titulos anteriores: Revista da Faculdade Livre de Direito do Estado de Minas Gerais, 1894 – 1928; Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, 1929 – 1948; Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1949 – 1961; Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – Nova Fase, 1962.

ISSN: 0304 – 2340

E-ISSN: 1984 – 1841

Periodicidade: semestral

1 – Direito – Periódicos – Faculdade de Direito da UFMG

CDU - 34 (05)

CDU - 340-05

Foto da Capa: Foca Lisboa - *Painel de Jarbas Juarez, 1997 - Auditório da Faculdade de Direito da UFMG*

Projeto Gráfico, Formatação e Capa: *José Sena dos Santos Júnior*

Impressão: *Imprensa Universitária da UFMG*

Tiragem: 120 exemplares

Valor, nesta data, por unidade R\$ 30,00

Os números atrasados da Revista da Faculdade poderão ser solicitados no endereço abaixo:

FACULDADE DE DIREITO DA UFMG

Revista da Faculdade

Av. João Pinheiro, 100 - 15º andar, sala 1507 / 1508

CEP 30130-180 - Belo Horizonte - MG - Brasil

Tel.: + 55 31 3409-8651

<http://www.direito.ufmg.br/revista>

revista@direito.ufmg.br

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

(Fundada em 1894)

Palavras do Conselheiro Affonso Penna no lançamento da Revista da Faculdade de Direito:

“Encetando a publicação de sua Revista, vem a Faculdade Livre de Ciências Jurídicas e Sociais da capital do Estado de Minas Gerais contribuir com o seu modesto auxílio para o estudo do Direito, pedra angular sobre que repousam as sociedades humanas.”

REITOR DA UFMG

Prof. Dr. Alessandro Fernandes Moreira

VICE-REITORA DA UFMG

Profa. Dra. Alamanda Kfoury Pereira

DIRETOR DA FACULDADE DE DIREITO DA UFMG

Prof. Dr. Hermes Vilchez Guerrero

DIRETORA-EDITORIA

Profa. Dra. Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau

DIRETOR-ADJUNTO

Prof. Dr. Lucas Carlos Lima

ASSESSORA EDITORIAL

Rosali Ramos Diniz

ASSISTENTE EDITORIAL

Natalia Dias Lopes Bronzatto

João Fernando Posso

Sâmmya Nicolle da Cruz Dias

Maria Clara Vieira Cardoso

Bárbara Cecília de Oliveira Barbosa

Felipe Henrique Rodrigues de Souza

ASSISTENTE EM MÍDIA DIGITAL

Felipe Gonçalves Balestrini

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Dr. Alejandro Montiel Alvarez (Universidade Federal do Rio Grande do Sul- Porto Alegre, RS - Brasil)

Prof. Dr. Alessandro Hirata (Faculdade de Direito da USP - Ribeirão Preto, São Paulo - Brasil)

Prof. Dr. Andrew Drzemczewski (Conselho da Europa - Strasbourg, Alsace - France)

Prof. Dr. Bjarne Melkevik (Université Laval - Québec , Québec - Canadá)

Profa. Dra. Daniela de Freitas Marques (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte, MG - Brasil)

Prof. Dr. Dean Spielmann (University of Luxembourg - Walferdange, Luxembourg - Luxembourg)

Profa. Dra. Elena Lisanyuk (State University of Saint Petersburg - Saint Petersburg, Northwestern - Russia)

Profa. Dra. Fabiana de Menezes Soares (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte, MG - Brasil)

Prof. Dr. Georges Abboud (Pontificia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo - Brasil)

Prof. Dr. Germain Ngoie Tshibambe (Université de Lubumbashi - Lubumbashi, Katanga - República Democrática do Congo)

Prof. Dr. Giovanni Clark (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte, MG - Brasil)

Prof. Dr. Gustavo Silveira Siqueira (Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro, RJ - Brasil)

Prof. Dr. Hugo Llanos Mansilla (Universidad Central de Chile - Santiago - Chile)

Prof. Dr. Jean Paul Cabral Veiga da Rocha (Universidade de São Paulo - São Paulo, SP - Brasil)

Prof. Dr. João Maurício Leitão Adeodato (Universidade Nove de Julho - São Paulo, SP - Brasil)

Prof. Dra. Juliana Neuenschwander Magalhães (Universidade Federal do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro, RJ - Brasil)
Prof. Dr. Juan Ramón Capella Hernandez (Universidad de Barcelona - Barcelona, Cataluña - Espanha)
Prof. Dra. Lorena Ossio Bustillos (Max-Planck - Institute and German University of Administrative Sciences - Speyer, Rheinland-Pfalz - Alemanha)
Prof. Dr. Mikhail Antonov (Law Faculty of National Research University "Higher School of Economics" - Saint Petersburg, Northwestern - Russia)
Prof. Dra. Miracy Barbosa de Sousa Gustin (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte, MG - Brasil)
Prof. Dra. Misabel de Abreu Machado Derzi (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte, MG - Brasil)
Prof. Dra. Mônica Sette Lopes (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte, MG - Brasil)
Prof. Dra. Natasha Schmitt Cáccia Salinas (Fundação Getúlio Vargas - Rio de Janeiro, RJ - Brasil)
Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho (Universidade de São Paulo - Ribeirão Preto, SP - Brasil)
Prof. Dr. Paolo Palchetti (Université Paris 1 Panthéon – Sorbonne - França)
Prof. Dr. Pierre Issalys (Université Laval, Canadá - Québec , Québec - Canadá)
Prof. Dr. Ricardo Antônio Lucas Camargo (Universidade Federal do Rio Grande do Sul - Porto Alegre, RS - Brasil)
Prof. Dr. Roberto Luiz Silva (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte, MG - Brasil)
Prof. Dra. Suzy Elizabeth Cavalcante Koury (Centro Universitário do Estado do Pará - Belém, PA - Brasil)
Prof. Dr. Stephan Kirste (Universität Salzburg - Salzburg, Salzburg - Áustria)
Prof. Dr. Tércio Sampaio Ferraz Júnior (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - São Paulo, SP - Brasil)

CONSELHO DE PARECERISTAS AD HOC

Prof. Dra. Adriane de Oliveira Ningeliski (Centro Universitário Autônomo do Brasil – PR)
Prof. Dra. Alice Rocha da Silva (Centro Universitário Autônomo do Brasil – DF)
Prof. Dra. Ana Maria Moreira Marchesan (Faculdade de Direito Fundação do Ministério Público – RS)
Prof. Dra. Belinda Pereira da Cunha (Universidade Federal de Santa Catarina – SC)
Prof. Dr. Bruno Bastos de Oliveira (Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita – SP)
Prof. Dr. Carlos José Teixeira de Toledo (Universidade Nove de Julho – SP)
Prof. Dr. Carmem Hein de Campos (Universidade Federal do Rio Grande do Sul – RS)
Prof. Dr. Cildo Giolo Júnior (Universidade Estadual de Minas Gerais – MG)
Prof. Dr. Clóvis Eduardo Malinverne da Silveira (Universidade de Caxias do Sul – RS)
Prof. Dra. Danielle Anne Pamplona (Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PR)
Prof. Dr. Danilo Tavares da Silva (Universidade Federal de São Paulo – SP)
Prof. Dr. Daury Cesar Fabriz (Universidade Federal do Espírito Santo – ES)
Prof. Dra. Fernanda Andrade Almeida (Universidade Federal Fluminense – RJ)
Prof. Dra. Flávia de Ávila (Universidade Federal de Sergipe – SE)
Prof. Dr. Francisco Meton Marques de Lima (Universidade Federal do Piauí – PI)
Prof. Dr. Glauco Barreira Magalhães Filho (Universidade Federal do Ceará – CE)
Prof. Dra. Graciane Rafisa Saliba (Fundação Universidade de Itaipua – MG)
Prof. Dr. Guilherme Forma Klafke (Fundação Getúlio de Vargas – SP)
Prof. Dr. Gustavo Paschoal Teixeira de Castro Oliveira (Universidade Federal de Tocantins - TO)
Prof. Dr. José Luiz de Moura Filho (Universidade Federal de Santa Maria – RS)
Prof. Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha (Universidade Federal de Santa Maria – RS)
Prof. Dr. José Antônio Tietzmann e Silva (Universidade Federal de Goiás – GO)
Prof. Dr. Júlio Faria Zini (Universidade Federal de Minas Gerais – MG)
Prof. Dra. Luíza Leão Soares Pereira (Universidade Federal do Rio Grande do Sul – RS)
Prof. Dr. Marcelo Nunes Apolinário (Universidade Federal de Pelotas – RS)
Prof. Dra. Margareth Pereira Arbues (Universidade Federal de Goiás – GO)
Prof. Dra. Margareth Vertis Zaganelli (Universidade Federal do Espírito Santo – ES)
Prof. Dr. Nelson Camatta Moreira (Faculdade de Direito de Vitória - ES)
Prof. Dr. Paulo Velten (Universidade Federal do Espírito Santo – ES)
Prof. Dr. Pedro Ricardo e Serpa (Fundação Getúlio Vargas – SP)
Prof. Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral (Universidade Federal do Semi-Árido – RN)
Prof. Dra. Rejane Alves de Arruda (Universidade Federal do Mato Grosso do Sul - MS)
Prof. Dr. Renata Helena Paganoto Moura (Professora da Faculdade de Vitória - ES)
Prof. Dra. Rosane Leal da Silva (Universidade Federal de Santa Maria - RS)
Prof. Dr. Sérgio Urquhart de Cademartori (Universidade La Salle – RS)
Prof. Dr. Tiago Andreotti e Silva (Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – MS)
Prof. Dr. Vitor de Azevedo Almeida Junior (Universidade do Estado do Rio de Janeiro – RJ)

SUMÁRIO / CONTENTS

EDITORIAL

... 11 ...

EDITORIAL

Os artigos estão dispostos em ordem
alfabética dos nomes dos autores.

*The articles are arranged in alphabetical
order of author's names.*

ARTIGOS / ARTICLES

CONSTRUÇÃO DE CONSENSO:
CONCEITO, PRESSUPOSTOS, ETAPAS E
O ESTUDO DE CASO DA CRIAÇÃO DO
PARQUE DO COCÓ EM FORTALEZA
(BRASIL)

CONSENSUS BUILDING: DEFINITION,
FOUNDATIONS, STAGES, AND THE
CASE STUDY OF THE CREATION OF
PARQUE DO COCÓ IN FORTALEZA
(BRAZIL)

*Alessander Wilckson Cabral Sales
Lília Maia de Moraes Sales*

... 17 ...

*Alessander Wilckson Cabral Sales
Lília Maia de Moraes Sales*

MEMÓRIA, DEFICIÊNCIA
COGNITIVA E DECISÃO JUDICIAL:
RECONSIDERANDO O TESTEMUNHO
NA DEMÊNCIA DO TIPO ALZHEIMER

MEMORY, COGNITIVE IMPAIRMENT,
AND JUDICIAL DECISION-MAKING:
RECONSIDERING TESTIMONY IN
ALZHEIMER-TYPE DEMENTIA

*Ana Paula Barbosa-Fohrmann
Michael Guedes*

... 51 ...

*Ana Paula Barbosa-Fohrmann
Michael Guedes*

RELATÓRIO FIGUEIREDO E GRUPOS
KAINGANG DO SUL DO BRASIL:
TUTELA ADMINISTRATIVA COMO UM
DUPLO NÍVEL DE LEGALIDADE

THE FIGUEIREDO REPORT AND THE
KAINGANG GROUPS OF SOUTHERN
BRAZIL: ADMINISTRATIVE WARDSHIP
AS A DUAL LEVEL OF LEGALITY

*Carlos Humberto Prola Junior
Clarindo Epaminondas de Sá Neto*

... 77 ...

*Carlos Humberto Prola Junior
Clarindo Epaminondas de Sá Neto*

A PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE
CULTURAL COMO DIREITO
FUNDAMENTAL

THE PRESERVATION OF THE
CULTURAL ENVIRONMENT AS A
FUNDAMENTAL RIGHT

Daniel Moura Borges

... 99 ...

Daniel Moura Borges

DIREITO INTERNACIONAL DOS
DIREITOS HUMANOS, MEMÓRIA
COLETIVA E EMOÇÕES: UMA ANÁLISE
A PARTIR DOS MEMORY STUDIES

INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS
LAW, COLLECTIVE MEMORY, AND
EMOTIONS: AN ANALYSIS BASED ON
MEMORY STUDIES

Edoardo Stoppioni

... 115 ...

Edoardo Stoppioni

**ENTRE A NORMA E O CORPO:
TRANSFOBIA INSTITUCIONAL,
DIREITOS DA PERSONALIDADE E A
PRODUÇÃO DA INVISIBILIDADE TRANS
NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**

*Flávio Marcos de Oliveira Vaz Calderaro
Daniela Costa Soares Mattar
Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia*

... 135...

**BETWEEN THE NORM AND
THE BODY: INSTITUTIONAL
TRANSPHOBIA, PERSONALITY
RIGHTS AND THE PRODUCTION
OF TRANS INVISIBILITY IN THE
BRAZILIAN PRISON SYSTEM**

*Flávio Marcos de Oliveira Vaz Calderaro
Daniela Costa Soares Mattar
Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia*

**EXPANSÃO JURISPRUDENCIAL
DE COMPETÊNCIAS NAS CORTES
CONSTITUCIONAIS: STF E CORTE
CONSTITUCIONAL COLOMBIANA EM
PERSPECTIVA COMPARADA**

*Gabriel Dias Marques da Cruz
Yago Nunes dos Santos*

... 155...

**JURISPRUDENTIAL EXPANSION
OF POWERS IN CONSTITUTIONAL
COURTS: THE BRAZILIAN SUPREME
FEDERAL COURT AND THE
COLOMBIAN CONSTITUTIONAL
COURT IN COMPARATIVE
PERSPECTIVE**

*Gabriel Dias Marques da Cruz
Yago Nunes dos Santos*

**CONTRIBUIÇÕES A UMA ABORDAGEM
DA POBREZA BASEADA NOS DIREITOS
HUMANOS**

*Guilherme Perez Cabral
Luis Eslava
Ana Elisa Spaolonzi Queiroz Assis
Luís Renato Vedovato*

... 177...

**CONTRIBUTIONS TO A HUMAN
RIGHTS-BASED APPROACH TO
POVERTY**

*Guilherme Perez Cabral
Luis Eslava
Ana Elisa Spaolonzi Queiroz Assis
Luís Renato Vedovato*

**LE STATUT DU MINISTERE PUBLIC
AU MAROC : PERSPECTIVE ET
PROSPECTIVE**

Hatim Anouar

... 211...

**STATUS OF THE PUBLIC
PROSECUTOR'S OFFICE IN
MOROCCO: PERSPECTIVE AND
PROSPECTS**

Hatim Anouar

**O NEOINSTITUCIONALISMO
HISTÓRICO COMO FERRAMENTA OU
MÉTODO DE ANÁLISE JURÍDICA DE
POLÍTICAS PÚBLICAS**

*Isabelle Esteves Moulin
Luigi Bonizzato*

... 227...

**HISTORICAL INSTITUTIONALISM AS A
TOOL OR METHOD FOR THE LEGAL
ANALYSIS OF PUBLIC POLICIES**

*Isabelle Esteves Moulin
Luigi Bonizzato*

**LOS RIESGOS DE DESARROLLO
Y EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN
REFORZADO COMO MEDIDAS
ANTICIPATORIAS DEL DAÑO
ECOLÓGICO PURO: UNA
APROXIMACIÓN DESDE LOS
ORGANISMOS GENÉTICAMENTE
MODIFICADOS**

Iván vargas chaves

... 243...

**DEVELOPMENT RISKS AND THE
REINFORCED PRECAUTIONARY
PRINCIPLE AS ANTICIPATORY
MEASURES OF PURE ECOLOGICAL
DAMAGE: AN APPROACH FROM
GENETICALLY MODIFIED
ORGANISMS**

Iván vargas chaves

UMA TERCEIRA VIA ENTRE
OBJETIVISMO E SUBJETIVISMO: A
“HERMENÊUTICA DA FUNÇÃO”
COMO DIMENSÃO PRAGMÁTICO-
NORMATIVA DO DIREITO

Lenio Luiz Streck
Victor Bianchini Rebelo

... 275...

A THIRD WAY BETWEEN OBJECTIVISM
AND SUBJECTIVISM: “FUNCTION
HERMENEUTICS” AS A NORMATIVE-
PRAGMATIC DIMENSION OF LAW

Lenio Luiz Streck
Victor Bianchini Rebelo

FIXED PRICE ESTIMATES IN RUSSIAN
LAW AND LUMP-SUM CONTRACTS IN
SINGAPORE LAW: A COMPARATIVE
LEGAL ANALYSIS IN THE CONTEXT OF
PUBLIC PROCUREMENT

Maria Aleksandrovna Andrianova
Galina Aleksandrovna Pakerman

... 305...

ORÇAMENTOS A PREÇO FIXO NO
DIREITO RUSSO E CONTRATOS
LUMP-SUM NO DIREITO DE
SINGAPURA: UMA ANÁLISE JURÍDICA
COMPARADA NO CONTEXTO DAS
CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Maria Aleksandrovna Andrianova
Galina Aleksandrovna Pakerman

PERSPECTIVA DE GÊNERO NO
SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO E
CANADENSE

Marina Neblina Orrico Rocha
Camilo Negri

... 315...

GENDER PERSPECTIVE IN THE
BRAZILIAN AND CANADIAN JUSTICE
SYSTEM

Marina Neblina Orrico Rocha
Camilo Negri

PRINCIPLES OF RESPONSIBLE STATE
BEHAVIOR WITH RESPECT TO
ACTIVITIES WITHIN THE LIFECYCLE
OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE
SYSTEMS IN THE CONTEXT OF
INTERNATIONAL PEACE AND
SECURITY

Nataliya Maroz

... 337...

PRINCÍPIOS DE COMPORTAMENTO
ESTATAL RESPONSÁVEL EM RELAÇÃO
ÀS ATIVIDADES NO CICLO DE VIDA
DE SISTEMAS DE INTELIGÊNCIA
ARTIFICIAL NO CONTEXTO DA PAZ E
SEGURANÇA INTERNACIONAIS

Nataliya Maroz

CONTROLE CONCENTRADO
DE CONSTITUCIONALIDADE E
DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES
NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL

Natalia Silveira de Carvalho

... 369...

CONCENTRATED
CONSTITUTIONALITY REVIEW
AND WOMEN'S HUMAN RIGHTS
IN BRAZIL: AN ANALYSIS OF THE
JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL
SUPREME COURT

Natalia Silveira de Carvalho

QUEM JULGA IMPORTA? UMA
ANÁLISE EMPÍRICA SOBRE GÊNERO E
DECISÕES NA COMISSÃO DE ANISTIA
POLÍTICA BRASILEIRA

Rowana Camargo
José Carlos Moreira da Silva Filho

... 389...

WHO MATTERS AS A JUDGE? AN
EMPIRICAL ANALYSIS OF GENDER
AND DECISIONS IN THE BRAZILIAN
POLITICAL AMNESTY COMMISSION

Rowana Camargo
José Carlos Moreira da Silva Filho

PARA ALÉM DOS MECANISMOS
TRADICIONAIS DE
PARTICIPAÇÕES SOCIAIS NO
CONTROLE CONCENTRADO DE
CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

Wagner Vinícius de Oliveira

... 413...

BEYOND THE TRADITIONAL
MECHANISMS OF SOCIAL
PARTICIPATION IN THE BRAZILIAN
JUDICIAL REVIEW

Wagner Vinícius de Oliveira

TRADUÇÕES / TRANSLATIONS

ADVOGADOS DE ESTADOS PERANTE CORTES E TRIBUNAIS INTERNACIONAIS: PAPEL E DEVERES	COUNSEL ASSISTING STATES BEFORE INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS: ROLE AND DUTIES
---	---

<i>Paolo Palchetti</i>	... 441...	<i>Paolo Palchetti</i>
------------------------	------------	------------------------

OS DIREITOS SOCIAIS: UM DIAGRAMA DO SEU DESENVOLVIMENTO	DIRITTI SOCIALI: UN DIAGRAMMA DEL LORO SVILUPPO
--	--

<i>Pietro Costa</i>	... 463...	<i>Pietro Costa</i>
---------------------	------------	---------------------

O IMPERATIVO AXIOLÓGICO NA JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA: RUMO A UMA ESTRUTURAÇÃO DOS FUNDAMENTOS INTERPRETATIVOS	THE AXIOLOGICAL IMPERATIVE IN EUROPEAN CASE LAW: TOWARDS A STRUCTURING OF INTERPRETATIVE FOUNDATIONS
--	---

<i>Sébastien Touzé</i>	... 481...	<i>Sébastien Touzé</i>
------------------------	------------	------------------------

MEMÓRIA HISTÓRICA / HISTORICAL MEMORY

O CENTENÁRIO DO PROFESSOR PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA	THE CENTENARY OF PROFESSOR PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA
--	---

<i>Mônica Sette Lopes</i>	... 519...	<i>Mônica Sette Lopes</i>
---------------------------	------------	---------------------------

DISCURSO PROFERIDO QUANDO DO RECEBIMENTO DO TÍTULO DE PROFESSOR EMÉRITO	SPEECH DELIVERED UPON RECEIVING THE TITLE OF PROFESSOR EMERITUS
---	---

<i>Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena</i>	... 521...	<i>Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena</i>
--	------------	--

PELO CENTENÁRIO DO NASCIMENTO DO PROFESSOR EMÉRITO, PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA	FOR THE CENTENARY OF THE BIRTH OF EMERITUS PROFESSOR, PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA
---	---

<i>Misabel de Abreu Machado Derzi</i>	... 525...	<i>Misabel de Abreu Machado Derzi</i>
---------------------------------------	------------	---------------------------------------

“RELAÇÃO DE EMPREGO: ESTRUTURA LEGAL E SUPOSTOS” - UM CLÁSSICO CONTEMPORÂNEO DO DIREITO BRASILEIRO	“RELAÇÃO DE EMPREGO: ESTRUTURA LEGAL E SUPOSTOS” – A CONTEMPORARY CLASSIC OF BRAZILIAN LABOR LAW
---	---

<i>Victor Hugo Criscuolo Boson</i>	... 535...	<i>Victor Hugo Criscuolo Boson</i>
------------------------------------	------------	------------------------------------

O CENTENÁRIO DE PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA: VISITANDO O MUSEU DE TUDO	THE CENTENARY OF PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA: VISITING THE MUSEUM OF EVERYTHING
--	---

<i>Mônica Sette Lopes</i>	... 563...	<i>Mônica Sette Lopes</i>
---------------------------	------------	---------------------------

EDITORIAL

Cumprindo a sua vocação institucional de fomentar a produção científica de excelência, a Revista da Faculdade de Direito da UFMG apresenta a sua 88ª edição. Este volume reúne contribuições de notável relevância teórica e dogmática, refletindo o rigor intelectual e a pluralidade de perspectivas de pesquisadores nacionais e estrangeiros. Deixamos aqui os nossos agradecimentos a todas e todos que confiaram os resultados de suas investigações a este periódico.

Nesta edição, a seção de artigos nacionais abrange exames acurados sobre temas de alta complexidade em diversos ramos da Ciência Jurídica. Na seara do Direito Constitucional, o artigo de Wagner Vinícius de Oliveira (UFT) discute os limites e possibilidades dos mecanismos de participação social no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. Em profícuo estudo comparado, Gabriel Dias Marques da Cruz (UFBA) e Yago Nunes dos Santos (UERJ) examinam a ampliação das competências jurisdicionais a partir de julgados do Supremo Tribunal Federal e da Corte Constitucional colombiana. Ainda sobre a jurisdição constitucional, Natalia Silveira de Carvalho (UFBA) promove uma análise crítica das decisões do STF acerca da proteção das mulheres contra a violência, problematizando a incorporação de perspectivas feministas no âmbito normativo.

No campo da tutela dos direitos fundamentais e das vulnerabilidades, Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia (UFMG), Daniela Costa Soares Mattar (UNIFENAS) e Flávio Marcos de Oliveira Vaz Calderaro (UNIFENAS) abordam a transfobia no sistema prisional brasileiro e a consequente violação dos direitos da personalidade da população transgênera. De forma complementar, Guilherme Perez Cabral (PUC Campinas), Luis Eslava (Le Trobe University), Ana Elisa Spaoloni Queiroz Assis (UNICAMP) e Luís Renato Vedovato (UNICAMP) delimitam o sentido jurídico da pobreza sob a ótica dos direitos humanos na agenda global. Com valioso resgate documental, Carlos Humberto Prola Junior (UFSC) e Clarindo Epaminondas de Sá Neto (UFSC) analisam o Relatório Figueiredo e a tutela administrativa de contornos punitivos outrora imposta aos grupos Kaingang.

Sob o enfoque da teoria do direito e das políticas públicas, Luigi Bonizzato (UFRJ) e Isabelle Esteves Moulin (UFRJ) investigam a viabilidade do neoinstitucionalismo histórico como método de análise jurídica. Por sua vez, Lenio Luiz Streck (UNISINOS) e Victor Bianchini Rebelo (UNISINOS) debatem a “hermenêutica da função” como dimensão pragmático-normativa na teoria geral do direito. Adentrando a sociologia jurídica e o direito comparado, Camilo Negri (UnB) e Maria Neblina Orrico Rocha (UnB) contrapõem a incorporação da perspectiva de gênero nos sistemas de justiça do Brasil e do Canadá, enquanto Rowana Carvalho (IFRS) e José Carlos Moreira da Silva Filho (PUCRS) apresentam instigante pesquisa empírica sobre o letramento de gênero nos julgamentos da Comissão de Anistia Política.

Agregando à diversidade temática deste volume, Daniel Moura Borges (UFBA) examina a preservação do meio ambiente cultural enquanto direito fundamental frente aos imperativos do desenvolvimento econômico. Na mesma área, Alessandro Wilckson Cabral

Sales (UNIFOR) e Lilia Maia de Moraes Sales (UNIFOR) sistematizam o método de construção de consenso aplicado, com êxito, à criação do Parque do Cocó. No âmbito do Direito Processual, Ana Paula Barbosa-Fohrmann (UFRJ) e Michael Guedes (USJ) debatem o capacitismo e as presunções no raciocínio probatório quanto à admissão do testemunho de pessoas com demência do tipo Alzheimer.

Na seção dedicada aos artigos estrangeiros, a Revista consolida seu espaço de diálogo internacional com investigações de reconhecida densidade oriundas de cinco países distintos. Da Rússia, Maria Aleksandrovna Andrianova e Galina Aleksandrovna Pakerman (MGIMO) realizam análise funcional e comparada sobre orçamentos a preço fixo e contratos “lump-sum” em contratações públicas civis. Nataliya Maroz (Belarusian State University, Belarus) trata dos princípios de conduta estatal necessários frente aos riscos do uso de inteligência artificial para a paz e segurança internacionais. Edoardo Stoppioni (UNISTRA, França) articula o direito internacional dos direitos humanos, a memória coletiva e os “memory studies”. Hatim Anouar (Université Sidi Mohamed Ben Abdellah, Marrocos) examina o complexo estatuto e as prerrogativas do Ministério Público marroquino. Por fim, Iván Vargas Chaves (Universidad Militar Nueva Granada, Colômbia) aborda a necessidade do princípio da precaução reforçado diante dos potenciais danos ecológicos decorrentes de organismos geneticamente modificados.

O espaço de Traduções enriquece esta edição com três textos de inegável relevância doutrinária. Paolo Palchetti discorre detidamente sobre o marco normativo e os padrões de conduta exigidos de advogados de Estados perante cortes e tribunais internacionais. Em seguida, Sebastien Touzé examina o imperativo axiológico e a necessidade de estruturação dos fundamentos interpretativos na jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos Humanos. Por fim, Pietro Costa, em trabalho sistematizado por Ricardo Sontag, traça uma vigorosa síntese histórica sobre o desenvolvimento dos direitos sociais e sua inserção nas ordens jurídicas no segundo pós-guerra, questionando narrativas evolucionistas ao analisar e contrapor distintas culturas jurídico-políticas.

Na seção de Memória Histórica, prestamos a devida reverência ao centenário de nascimento do Professor Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena. O momento é assinalado pela publicação do memorável discurso proferido pelo docente por ocasião do recebimento de seu título de Professor Emérito, reforçando suas contribuições incontornáveis à teoria do direito do trabalho.

Renovamos nosso franco reconhecimento aos autores, autoras, avaliadores e a todos os membros da equipe de trabalho que viabilizaram a execução exitosa desta publicação. Convidamos a comunidade acadêmica à leitura acurada e ao engajamento nas profícuas reflexões científicas aqui compartilhadas.

PROFA. TEREZA CRISTINA SORICE BARACHO THIBAU
DIRETORA-EDITORA

PROF. LUCAS CARLOS LIMA
DIRETOR-ADJUNTO

ARTIGOS / ARTICLES

CONSTRUÇÃO DE CONSENSO: CONCEITO, PRESSUPOSTOS, ETAPAS E O ESTUDO DE CASO DA CRIAÇÃO DO PARQUE DO COCÓ EM FORTALEZA (BRASIL)

CONSENSUS BUILDING: DEFINITION, FOUNDATIONS, STAGES, AND THE CASE STUDY OF THE CREATION OF PARQUE DO COCÓ IN FORTALEZA (BRAZIL)

ALESSANDER WILCKSON CABRAL SALES¹

LILIA MAIA DE MORAIS SALES²

RESUMO

O presente trabalho analisa a Construção de Consenso como método de solução de conflitos complexos, com o objetivo de explicitar seus fundamentos conceituais, suas etapas processuais e sua aplicação em contexto institucional concreto. Para tanto, adota abordagem qualitativa, combinando revisão bibliográfica sobre Construção de Consenso e análise de caso do processo que culminou na criação definitiva do Parque do Cocó, em Fortaleza, a partir da atuação do Fórum Permanente para a Implantação Definitiva do Parque do Cocó. Inicialmente, o texto delimita a construção de consensos como procedimento específico de gestão conflitual colaborativa, distinto de rótulos genéricos de autocomposição, e sistematiza seus pressupostos, premissas e critérios de adequação a conflitos complexos. Em seguida, reconstrói suas etapas processuais (pré-negocial, negocial e pós-negocial). Na análise empírica, demonstra que o caso do Cocó constitui experiência bem-sucedida de Construção de Consenso, pois reuniu atores plurais em arena deliberativa estruturada, produziu proposta consensual formalmente documentada e criou condições para transformar um conflito socioambiental complexo, antes marcado pela baixa efetividade da judicialização, em solu-

ABSTRACT

This article analyzes Consensus Building as a method for resolving complex conflicts, aiming at clarifying its conceptual foundations, procedural stages, and application in a concrete institutional context. To this end, it adopts a qualitative approach, combining a literature review on Consensus Building with a case analysis of the process that culminated in the definitive creation of Parque do Cocó, in Fortaleza, through the work of the Permanent Forum for the Definitive Implementation of Parque do Cocó. First, the article defines consensus building as a specific procedure of collaborative conflict management, distinct from generic labels of consensual dispute resolution, and systematizes its assumptions, premises, and criteria of suitability for complex conflicts. It then reconstructs its procedural stages (pre-negotiation, negotiation, and post-negotiation). In the empirical analysis, it demonstrates that the Cocó case constitutes a successful experience of Consensus Building, as it brought together plural actors in a structured deliberative arena, produced a formally documented consensual proposal, and created conditions to transform a complex socio-environmental conflict, previously marked by the low effectiveness of judicialization, into a

- 1 Doutor em Desenvolvimento e Meio Ambiente pela Universidade Federal do Ceará (2017). Professor do Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: alessandersales@unifor.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4492-9925>
- 2 Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Pós-doutora pela Universidade de Columbia (EUA). Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional e do Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: lilia@unifor.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2843-7207>

ção legitimada e implementável. Conclui-se que a Construção de Consenso contribui de maneira relevante para o tratamento de conflitos públicos complexos, ao favorecer coordenação interinstitucional, participação qualificada e produção de acordos duráveis, e que sua institucionalização deve ser aprofundada como padrão de atuação no sistema de justiça e na gestão de políticas públicas.

PALAVRAS-CHAVE: Construção de consenso. Conflitos complexos. Conflitos Socioambientais. Políticas Públicas. Métodos Adequados de Solução de Conflitos.

legitimate and implementable solution. It concludes that Consensus Building makes a relevant contribution to the treatment of complex public conflicts by fostering interinstitutional coordination, qualified participation, and the production of durable agreements, and that its institutionalization should be further advanced as a standard mode of action within the justice system and in public policy management.

KEYWORDS: Consensus Building. Complex Conflicts. Socio-Environmental Conflicts. Public Policies. Alternative Dispute Resolution.

INTRODUÇÃO

O Brasil enfrenta um cenário persistente de litigiosidade, com repercussões diretas sobre a capacidade do sistema de justiça de oferecer respostas tempestivas e efetivas a demandas sociais complexas³. Em disputas dessa natureza, especialmente quando envolvem múltiplos atores, instâncias decisórias sobrepostas, assimetrias de informação e interesses difusos, a adoção de respostas exclusivamente judiciais tende a encontrar limites, seja porque desloca o debate para controvérsias técnico-procedimentais, seja porque não enfrenta de modo satisfatório as causas substantivas do conflito nem acomoda adequadamente o conjunto de interesses em jogo⁴. No caso dos conflitos socioambientais, essa dificuldade se intensifica em razão de sua complexidade, interdependência, continuidade no tempo e multiplicidade de arenas decisórias, o que desafia soluções verticalizadas e unilaterais⁵.

Nesse contexto, o debate sobre acesso à justiça tem enfatizado a necessidade de mecanismos adequados à natureza do conflito, superando a compreensão do Judiciário como única “porta” de entrada para soluções socialmente efetivas⁶. A noção de sistema multiportas pressupõe, precisamente, o encaminhamento do conflito ao procedimento mais apropriado às suas características e aos objetivos de seu tratamento, o que inclui mediação, conciliação, arbitragem, processo judicial e outros mecanismos de gestão consensual⁷. Em consonância com essa lógica, o sistema de justiça brasileiro passou a incorporar, de modo mais explícito, instrumentos normativos voltados à consensualidade, como a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, a Lei nº 13.140/2015

3 CNJ, 2025

4 Sales, 2017

5 Sales; Oliveira, 2017

6 Cappelletti; Garth, 1988

7 Crespo; Sander, 2008

e o Código de Processo Civil de 2015, consolidando a autocomposição como diretriz institucional relevante⁸.

Entre esses mecanismos, a Construção de Consenso se destaca como procedimento estruturado de gestão conflitual colaborativa voltado a disputas complexas e multipartes, em que os atores diretamente afetados participam da identificação de problemas, da formulação de alternativas e da negociação de compromissos⁹. A literatura aplicada ao tema sustenta que esse método tende a ampliar a comunicação entre os envolvidos, a qualificar a compreensão do problema, a favorecer a confiança entre os participantes e a produzir soluções potencialmente mais legítimas e duráveis, especialmente em controvérsias relacionadas a todo o ciclo de formulação de políticas públicas, principalmente em questões envolvendo conflitos socioambientais¹⁰. Em termos operacionais, trata-se de um procedimento que exige desenho processual percebido como aberto e justo, convocação de atores relevantes, regras claras de participação e mecanismos capazes de converter deliberação em acordos implementáveis ao longo do tempo¹¹.

Apesar do acúmulo de contribuições conceituais e prescritivas sobre a Construção de Consenso, ainda há escassez de descrições analíticas densas sobre o modo como esse método é efetivamente desenhado e conduzido em contextos institucionais concretos, articulando fundamentos teóricos, escolhas procedimentais e resultados práticos¹². Essa lacuna é especialmente relevante em conflitos complexos e crônicos, nos quais a legitimidade do processo depende não apenas da decisão final, mas também da qualidade do desenho institucional, da gestão da informação, da inclusão de atores e da capacidade de transformar acordos em implementação. Nessa perspectiva, relatos analíticos de experiências concretas podem contribuir para aproximar teoria e prática e para explicitar, com maior precisão, como a Construção de Consenso opera como método de gestão de conflitos públicos complexos¹³.

Diante desse cenário, este artigo tem como objetivo analisar, de maneira articulada, a Construção de Consenso como método de solução de conflitos complexos, combinando um exame conceitual de seus pressupostos e etapas com a reconstrução analítica de um caso concreto de aplicação bem-sucedida do método: o processo que culminou na criação definitiva de uma importante Unidade de Conservação de proteção integral, em Fortaleza, por meio da atua-

8 Brasil, 2010; Brasil, 2015a; Brasil, 2015b

9 Sales, 2017

10 Rosas; Sales; Mattei, 2023

11 Rosas; Sales; Mattei, 2023; Sales; Oliveira, 2017

12 Sidaway, 2005

13 Sales; Oliveira, 2017

ção do Fórum Permanente para a Implantação Definitiva do Parque do Cocó¹⁴. A pergunta que orienta o estudo é a seguinte: como a Construção de Consenso pode ser operacionalizada, em contexto institucional concreto, para produzir soluções legítimas e implementáveis em conflitos complexos e crônicos¹⁵. Para respondê-la, o artigo está organizado em três movimentos: primeiro, delimita conceitualmente a Construção de Consenso e sistematiza seus pressupostos e premissas; em seguida, detalha suas etapas e entregáveis (ou *outputs*) típicos; por fim, analisa o caso do Parque do Cocó à luz desse arcabouço teórico-procedimental¹⁶.

A contribuição do artigo é dupla. No campo dos Meios Adequados de Solução de Conflitos, o estudo busca avançar além de descrições genéricas do método, oferecendo uma reconstrução analítica de suas condições de funcionamento, de sua lógica processual e de seus principais pontos de tensão em disputas multipartes¹⁷. No campo das políticas públicas e da gestão de conflitos, o artigo demonstra como o desenho procedimental da Construção de Consenso pode favorecer coordenação interinstitucional, participação efetiva e produção de soluções implementáveis em problemas de longa duração, como os conflitos socioambientais urbanos¹⁸. Ao fazê-lo, o trabalho também sustenta que experiências como a do Parque do Cocó não devem ser tratadas como arranjos excepcionais, mas como referência relevante para o aperfeiçoamento institucional da gestão consensual de conflitos complexos no sistema de justiça e na administração pública¹⁹.

1. CONSTRUÇÃO DE CONSENSO: CONCEITO E PRESSUPOSTOS

A Construção de Consenso (*consensus building*) pode ser compreendida como um processo que busca a gestão adequada que promova a resolução de disputas mediante a formulação de uma proposta de uma decisão coletiva voltada à produção de um acordo amplo, decorrente de uma colaboração efetiva, com o qual “todos os interessados” consigam conviver, por entenderem ser esse consenso a melhor opção possível a ser concretizada em face das circunstâncias existentes. A noção de consenso, nesse sentido, é deliberadamente distinta de “unanimidade”, pois o objetivo é alcançar “*overwhelming agreement*”, o que quer dizer que houve apoio de quase todos os seus termos pelos membros do grupo, preservando viabilidade decisória em contextos plurais, garantindo-se a

14 Sales, 2017

15 Sales, 2017; Sales; Oliveira, 2017

16 Sales, 2017; Sales; Oliveira, 2017; Susskind; Cruikshank, 2006

17 Sales; Oliveira, 2017; Susskind; Cruikshank; Duzert, 2008

18 Rosas; Sales; Mattei, 2023; Sales, 2017

19 Sales, 2017; Sales; Oliveira, 2017

consignação de algumas posições divergentes que não impedem a efetivação do acordo. Além disso, a abordagem enfatiza que o acordo deve ser um consenso informado, ou seja, esse acordo deve ser alcançado por participantes que compreendam com clareza os compromissos assumidos e as concessões realizadas no processo²⁰.

A Construção de Consenso se apresenta como alternativa a arranjos decisórios que se baseiam no desejo ou nos interesses da maioria dos envolvidos quando o problema envolve múltiplos interessados e/ou demanda a participação direta de grupos minoritários no desenvolvimento da decisão propriamente dita, e não apenas a consideração dos interesses desses grupos na decisão final²¹.

O termo “Construção de Consenso” pode ser utilizado de forma ampla, em sua acepção literal de construir soluções em concordância, o que favorece sua confusão com o rótulo abrangente dos Métodos Adequados de Solução de Conflitos²². Para os fins deste trabalho, contudo, “Construção de Consenso” é operacionalizada como um procedimento específico de negociação colaborativa facilitada, com desenho explícito de participação e apropriação da decisão pelos envolvidos, e não como mera categoria genérica de meios decisórios não adjudicatórios²³.

Essa delimitação pode ser observada empiricamente pela centralidade de um processo que busca trazer as pessoas diretamente afetadas para um procedimento disciplinado de criação de ideias e enfrentamento de compromissos, em ambiente reconhecido como aberto e justo, sob acompanhamento de facilitador profissional²⁴. No plano procedimental, a Construção de Consenso se caracteriza por institucionalizar “regras do jogo” e criar espaços públicos de deliberação, nos quais os atores assumem, com legitimidade, a responsabilidade de construir soluções adequadas e sustentáveis. Em termos de entregas concretas, isso tende a se materializar na identificação de representantes e garantia de participação efetiva ao longo de suas fases, bem como na definição de agenda e pontos convergentes/divergentes que organizam a negociação. Como delimitação negativa, o procedimento não é indicado quando a decisão já foi tomada, quando as partes conseguem resolver o problema isoladamente, quando o tema não justifica o dispêndio de energia exigido pelo processo, ou quando atores cruciais para a decisão se recusam a participar²⁵.

20 Susskind; Cruikshank, 2006; Sales, 2017

21 Susskind; Cruikshank; Duzert, 2008

22 Susskind; Cruikshank; Duzert, 2008

23 Susskind; Cruikshank; Duzert, 2008; Rosas; Sales; Mattei, 2023

24 Susskind; Cruikshank; Duzert, 2008; Rosas; Sales; Mattei, 2023

25 Sales; Oliveira, 2017

A Construção de Consenso é adequada para a solução de conflitos complexos. Os conflitos complexos se caracterizam por combinar as seguintes dimensões:

- (i) subjetivas, ou seja, envolvem múltiplas partes ou interessados;
- (ii) informacionais, o que significa um grande volume de perspectivas e dados;
- (iii) sociais, envolvendo grupos distintos e por vezes historicamente antagônicos;
- (iv) procedimentais, ou seja, demandam técnicas multilaterais;
- (v) e estratégicas, utilizando técnicas negociais próprias e voltadas para ampla participação de todos os envolvidos, unidos por uma relação coletiva de confiabilidade²⁶.

Em conflitos socioambientais, a complexidade assume contornos adicionais, pois essas disputas podem ser compreendidas como conflitos sociais relacionados à distribuição e à utilização de bens ambientais e à interação dinâmica e interdependente entre o mundo biofísico, o mundo humano e suas estruturas sociais. Nessa perspectiva, são socioambientais, especialmente, conflitos cujo foco incide sobre controle sobre recursos naturais (acesso, distribuição ou utilização), impactos sociais e ambientais decorrentes de ações humanas e naturais, e uso de conhecimentos ambientais ligado a tecnologias, patrimônio cultural/tradicional e outros. Além disso, esses conflitos apresentam elementos característicos como: complexidade e interdependência; especificidade; continuidade e evolução; cenário (inter-relação de ambientes); maior exigência de informação; incerteza científica e riscos; interesse público; interesses não representados (inclusive por natureza intergeracional); e multiplicidade de atores e âmbitos decisórios (administrativo, judicial, político e social)²⁷.

Em conflitos socioambientais, a multiplicidade de atores e arenas decisórias, somada à interdependência de fatores e à incerteza científica, tende a elevar custos de coordenação e a dificultar soluções estáveis²⁸. Nesses cenários, abordagens adversariais apresentam limites para compreender e compor adequadamente a conflituosidade difusa e a diversidade de atores, o que tende a deslocar a disputa para um padrão ganha-perde que não produz resultados socialmente úteis. Além disso, decisões políticas ou judiciais impostas verticalmente também podem falhar em produzir soluções eficientes e legitimadas, incentivando a concentração em detalhes técnico-procedimentais em detrimento das causas substantivas do conflito²⁹.

26 Sales, 2022

27 Sales; Oliveira, 2017

28 Sales; Oliveira, 2017

29 Sales, 2017

Moore e Woodrow³⁰ indicam condições de adequação e inadequação para a resolução por meio da Construção de Consenso, o que permite tratar tais critérios como uma triagem preliminar do método em conflitos complexos. São adequados à Construção de Consenso os casos em que nenhum indivíduo do grupo tem autoridade para decidir unilateralmente, pois a concentração de poder em uma parte tende a inviabilizar, por criação de resistência, a conformação de uma decisão equânime de aceitação. Também se mostram adequados casos em que os indivíduos ou grupos dispõem de conhecimento equivalente sobre a questão, uma vez que informações privilegiadas conferem poder excessivo e abrem espaço para assimetrias e persuasão. Adicionalmente, o método se ajusta a situações em que as partes são divergentes, mas sinalizam possibilidade de conciliação de interesses e valores, em que um sentimento de união prevalece apesar das diferenças, e em que há necessidade de cooperação mútua para implementar decisões. Por fim, a Construção de Consenso é indicada quando as partes acreditam na integração e na viabilidade de decisões construídas pelo diálogo³¹.

Por outro lado, o procedimento não é indicado quando a decisão já foi tomada e a tentativa de construir consenso se torna inútil, quando fica claro que cada parte pode resolver o problema por si sem precisar dos demais, ou quando pessoas/grupos cruciais se recusam a participar³².

Quadro 1 – Critérios de adequação e inadequação à Construção de Consenso

Conflitos adequados à Construção de Consenso	Conflitos não indicados à Construção de Consenso
Não há autoridade unilateral capaz de decidir sozinha a questão.	A decisão já foi tomada e a tentativa de consenso é inútil.
Há simetria informacional (ou seja, não há “informações privilegiadas” concentradas nas mãos de determinadas partes).	Cada parte pode resolver o problema por si, sem precisar dos outros envolvidos.
Há múltiplas partes que divergem, mas demonstram sinais de convergências de interesses e valores.	Pessoas ou grupos cruciais se recusam a participar do processo.
O desejo de colaboração prevalece, mesmo consideradas as diferenças.	Conflito sem múltiplas partes.

30 Moore; Woodrow, 1999

31 Moore; Woodrow, 1999

32 Moore; Woodrow, 1999

Há necessidade de cooperação mútua para implementar decisões.	
As partes acreditam na integração e em decisões construídas pelo diálogo.	

Fonte: Elaborada pelos autores, a partir de Moore e Woodrow (1999)

Em geral, processos voluntários e menos formais também favorecem encontros face a face, exploração conjunta do problema e consideração de um conjunto mais amplo de alternativas, ampliando entendimento de questões e perspectivas e contribuindo para relações mais cooperativas e baseadas em confiança. A abordagem colaborativa tende a reforçar compromisso com o acordo e com sua implementação, com possíveis ganhos de tempo e custo no longo prazo, uma vez que mantém as partes com maior controle sobre o processo e sobre o resultado³³. Ademais, em âmbito institucional, ao escolher a Construção de Consenso como procedimento para gerir conflitos complexos pode-se reduzir litigiosidade e favorecer decisões mais democráticas e transparentes, com maior aceitação social e potencial de cumprimento coletivo.

Assim, o procedimento da Construção de Consenso, fundamentado na participação ativa dos atores envolvidos, emerge como alternativa promissora para a superação de impasses estruturais e para a promoção de soluções sustentáveis em contextos de alta complexidade. Diferente de outras abordagens colaborativas, como a negociação direta e a mediação, a Construção de Consenso enfatiza um processo estruturado, baseado na inclusão de diferentes perspectivas e na criação de confiança entre as partes³⁴.

Pode-se mencionar condições mínimas para que a Construção de Consenso seja conduzida garantindo a legitimidade, estabilidade e capacidade de implementação do processo, sobretudo em disputas complexas e de longa duração. Assim, importa estabelecer pressupostos que orientam a condução da Construção de Consenso e que podem ser lidos como critérios para avaliar qualidade procedimental e riscos de fracasso. Em primeiro lugar, quando participantes atuam como representantes de grupos mais amplos, o processo depende de responsabilidade representativa, com clareza sobre quem representa quem e sobre deveres de *accountability* perante representados e demais envolvidos, pois a ausência de vínculo representativo tende a fragilizar a sustentação do acordo. Em segundo lugar, o procedimento requer uma fase de instalação anterior ao debate substantivo, na qual se identificam os participantes e se definem missão, agenda e regras, uma vez que iniciar o diálogo já com a discussão do mérito sem

33 Sidaway, 2013

34 Susskind; Cruikshank, 1987

esse enquadramento favorece ruídos e conflitos procedimentais que corroem a cooperação necessária ao consenso. Em terceiro lugar, a Construção de Consenso demanda a produção e o compartilhamento de uma base informacional comum e confiável, ainda que as partes mantenham interpretações distintas, pois a baixa transparência e o fluxo não otimizado de informações comprometem o processo e reforçam assimetrias³⁵.

Além disso, a Construção de Consenso se orienta por um padrão de resultado segundo o qual a solução negociada deve gerar uma condição percebida como melhor para todos em comparação com a alternativa de não acordo, o que opera como parâmetro de aceitabilidade do pacote e como fundamento do compromisso com a implementação. Quando há representação coletiva, o procedimento também pressupõe a elaboração de um esboço de acordo, a ser submetido aos representados para avaliar se o texto reflete satisfação, compromissos e limites aceitáveis, reduzindo o risco de rejeição tardia e de contestação após o fechamento. Por fim, o processo exige “pensar à frente”, isto é, antecipar obstáculos e desenhar condições de implementação das decisões, pois acordos sem arquitetura de execução e acompanhamento tendem a se tornar inócuos, simbólicos ou incapazes de produzir mudanças sustentáveis³⁶.

Tomados em conjunto, esses pressupostos organizam a Construção de Consenso como um método que depende do desenho do procedimento, da gestão de informação e de mecanismos de validação e implementação, além da disposição institucional dos envolvidos para negociar. Para os objetivos deste artigo, esses pressupostos servirão como lente analítica para descrever o caso do Parque do Cocó, permitindo explicitar como escolhas de desenho e de condução refletem na condução de procedimento de solução de conflitos complexos e crônicos³⁷.

Enquanto os pressupostos estabelecem os requisitos mínimos para realização do processo de Construção de Consenso, há também premissas que orientam a dinâmica deliberativa, especialmente em conflitos complexos e multipartes, nos quais o dissenso é esperado e estrutural.

A premissa fundamental é o reconhecimento das diferenças, pois a riqueza do procedimento decorre justamente da coexistência de visões distintas sobre o conflito, sendo o dissenso inicial natural e passível de trabalho construtivo ao longo do processo até a formação de consensos. A segunda premissa é a possibilidade de manter-se em desacordo, já que não é necessário acordo em todos os pontos e a discordância pode ser registrada sem inviabilizar o processo, reforçando a busca do “acordo possível” e não do “acordo perfeito”. A terceira premissa é o desenvolvimento de uma metodologia de inclusão, assegurando

35 Sales; Oliveira, 2017

36 Sales; Oliveira, 2017

37 Sales; Oliveira, 2017

espaço equivalente de participação e condições efetivas para que as partes exponham suas visões, de modo a reduzir a competição e favorecer a cooperação ao longo do procedimento. A quarta premissa, por fim, é perceber e distinguir posições, interesses e valores, pois a compreensão adequada dessas dimensões permite identificar o que cada parte quer, por que quer e quais fundamentos normativos/valorativos sustentam suas demandas, ampliando a capacidade de construir soluções mais consentâneas com necessidades e interesses de todos os envolvidos³⁸.

Apesar de a Construção de Consenso ser estruturada por pressupostos e premissas que orientam sua viabilidade e sua dinâmica deliberativa, o processo pode ser obstado ou significativamente prejudicado por fatores recorrentes, especialmente pela falta de transparência, pelo fluxo não otimizado de troca de informações, pela diversidade de assuntos a serem abordados e pela falta de comprometimento das partes com uma ambiência de cooperação e responsabilidade recíprocas. Esses fatores podem ser lidos como pontos de fragilidade diretamente relacionados aos pressupostos de instalação do processo (missão, agenda e regras), de base informacional compartilhada e de “pensar à frente” para prevenir obstáculos, bem como às premissas de metodologia de inclusão, reconhecimento das diferenças e possibilidade de manter-se em desacordo. Para tornar essa conexão operativa e observável, o quadro a seguir organiza as barreiras descritas na literatura e as vincula às salvaguardas procedimentais correspondentes, indicando evidências típicas no curso do processo³⁹.

Quadro 2 - Barreiras do processo e salvaguardas (pressupostos/premissas) com evidências observáveis

Barreira que pode obstar/prejudicar o processo	Pressuposto/premissa correlata (salvaguarda)	Evidências observáveis no processo
Falta de transparência do processo e fluxo não otimizado de troca de informações.	Pressuposto de coletar e compartilhar informações básicas confiáveis para todo o grupo.	Existência de base informacional comum (documentos e dados compartilhados), registro/sínteses das reuniões e clareza sobre o que foi acordado e por quê.

38 Sales; Oliveira, 2017

39 Sales; Oliveira, 2017

Diversidade de assuntos que precisam ser abordados.	Pressuposto de iniciar o diálogo somente após identificação das pessoas, missão, agenda e regras do procedimento.	Agenda pactuada, regras de reunião, definição de eixos/pontos essenciais de decisão e “recortes” sucessivos para organizar convergências e divergências.
Falta de comprometimento das partes com ambiência de cooperação e responsabilidade recíprocas.	Premissas de metodologia de inclusão e de decisões por convencimento (não adversariais), com cooperação permeando o desenvolvimento do processo.	Participação equilibrada (mesmo espaço e importância), redução gradual da competição, concentração progressiva em pontos comuns e uso de convencimento como padrão (em vez de persuasão/votação como regra).
Baixa capacidade de sustentar acordos ao longo do tempo diante de obstáculos de implementação.	Pressuposto de “pensar à frente”, prevenindo obstáculos e desenhando condições de implementação; e pressuposto de formalização/monitoramento sem inviabilizar renegociações.	Plano mínimo de implementação (responsáveis, prazos, mecanismos de acompanhamento), formalização do que foi decidido e abertura procedimental para ajustes/revisões futuras.

Fonte: Elaborada pelos autores, com base em Sales e Oliveira (2017).

A Construção de Consenso mantém relação direta com outros dois campos teóricos e metodológicos relevantes para a gestão de conflitos complexos: o Desenho de Sistemas de Disputas e a Negociação Complexa. Essa aproximação decorre do fato de que os três partem de uma premissa comum: determinados conflitos não podem ser adequadamente tratados por respostas adjudicatórias isoladas, por negociações bilaterais simples ou pela aplicação mecânica de técnicas consensuais padronizadas. Quando a controvérsia envolve múltiplos atores, interesses públicos e privados sobrepostos, assimetrias informacionais, impactos coletivos e necessidade de implementação institucional, torna-se necessário estruturar procedimentos capazes de organizar a participação, qualificar a deliberação e produzir soluções executáveis no tempo.

O Desenho de Sistemas de Disputas pode ser compreendido como o campo voltado à criação ou reorganização de arranjos procedimentais para prevenir, gerir e resolver disputas de forma adequada ao contexto em que elas surgem.

Em vez de escolher um método isolado, como mediação, arbitragem ou negociação, o desenho de sistemas busca construir uma arquitetura de tratamento de conflitos, definindo fluxos, etapas, papéis, critérios de encaminhamento e mecanismos de acompanhamento⁴⁰. A Negociação Complexa, por sua vez, dedica-se ao estudo de processos negociais marcados por múltiplas partes, múltiplas questões, interdependência entre interesses, coalizões instáveis, assimetria de poder e dificuldade de transformar acordos em compromissos implementáveis⁴¹.

A Construção de Consenso, embora dialogue com esses dois campos, possui contornos próprios. Em relação ao Desenho de Sistemas de Disputas, diferencia-se por não designar apenas uma arquitetura ampla de tratamento de conflitos, aplicável a diferentes tipos de disputas e instituições, mas uma metodologia específica de estruturação de processos colaborativos em conflitos públicos multipartes, orientada à formação de acordos possíveis entre atores com interesses diversos. Em relação à Negociação Complexa, distingue-se por não se concentrar predominantemente na análise estratégica da barganha, da criação e distribuição de valor ou da gestão de coalizões, mas na construção de um procedimento deliberativo, inclusivo e representativo, capaz de produzir legitimidade pública e condições de implementação. Assim, a Construção de Consenso pode ser compreendida como uma metodologia situada entre o desenho procedimental e a negociação multipartes: utiliza elementos de ambos, mas se caracteriza pela ênfase na inclusão dos atores relevantes, na deliberação informada, na acomodação institucional de dissensos e na conversão do consenso possível em solução pública executável⁴².

Esta seção permitiu delimitar a Construção de Consenso como procedimento específico e explicitar quando o método é justificável em disputas complexas, oferecendo um enquadramento conceitual que sustenta a análise empírica posterior⁴³. Ao sistematizar pressupostos, premissas e barreiras recorrentes, a seção também estabelece uma lente avaliativa para identificar, no caso analisado, condições de viabilidade, fragilidades procedimentais e pontos de risco para a implementação⁴⁴. A partir desse arcabouço conceitual, a seção seguinte detalha as etapas do processo e seus entregáveis típicos, explicitando como o método se operacionaliza do desenho inicial à implementação e ao acompanhamento dos compromissos pactuados.

2. ETAPAS DA CONSTRUÇÃO DE CONSENSO

40 Ury; Brett; Goldberg, 1988; Faleck, 2018

41 Raiffa, 1982; Sebenius, 1992

42 Susskind; McKernan; Thomas-Larmer, 1999; Sales; Oliveira, 2017

43 Susskind; Cruikshank; Duzert, 2008; Sales; Oliveira, 2017; Sales, 2022

44 Sales; Oliveira, 2017; Moore; Woodrow, 1999

O procedimento de Construção de Consenso é estruturado, organizando-se em etapas sucessivas, em que decisões coletivas são produzidas por meio de entregáveis intermediários que reduzem incertezas, alinham expectativas e viabilizam compromissos implementáveis. O resultado, portanto, não se restringe ao acordo final, mas engloba o conjunto de produtos de processo (regras, registros, minutas, planos e mecanismos de acompanhamento) que sustentam a qualidade e a durabilidade do pacto alcançado⁴⁵.

Na literatura, é possível representar esse encadeamento por macroetapas⁴⁶. Um primeiro enquadramento descreve cinco passos essenciais, que incluem: *convening*⁴⁷, atribuição de papéis e responsabilidades, facilitação da solução do problema, alcance do acordo e sustentação de compromissos⁴⁸. Um segundo enquadramento operacionaliza três fases: pré-negocial, negocial e pós-negocial⁴⁹. De modo convergente, há formulações que sintetizam a tomada de decisão consensual em etapas como convocação das partes relevantes, esclarecimento de responsabilidades, deliberação, decisão e implementação⁵⁰.

Embora a literatura descreva a Construção de Consenso em diferentes níveis de granularidade, ora como um processo organizado em três fases (pré-negocial, negocial e pós-negocial), ora como um conjunto de cinco passos centrais, trata-se de representações complementares do mesmo fenômeno, voltadas a propósitos analíticos distintos. Neste trabalho, adotam-se as três fases (pré/negocial/pós) como estrutura padrão, por oferecerem um encadeamento claro do desenho inicial à implementação e ao acompanhamento do acordo. Os cinco passos são mobilizados como detalhamento operacional do que ocorre dentro de cada fase, permitindo explicitar com maior precisão as decisões de desenho procedimental e os entregáveis produzidos ao longo do processo⁵¹. Assim, a seguir descrevem-se essas fases e seus *outputs* típicos, utilizando os passos como subnível de descrição quando necessário.

45 Susskind; Cruikshank, 2006; Sales; Oliveira, 2017

46 Sales; Oliveira, 2017; Susskind; Cruikshank, 2006

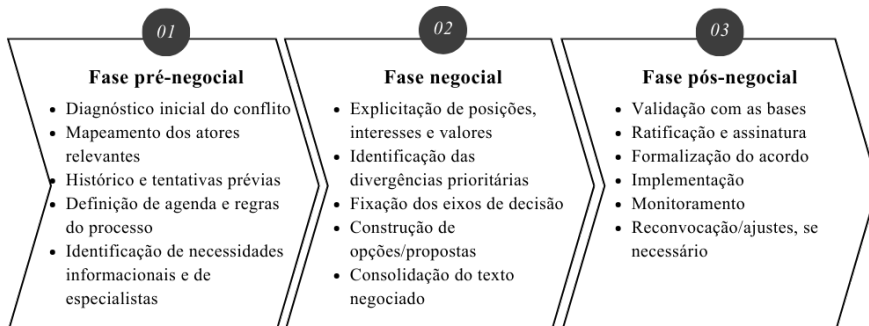
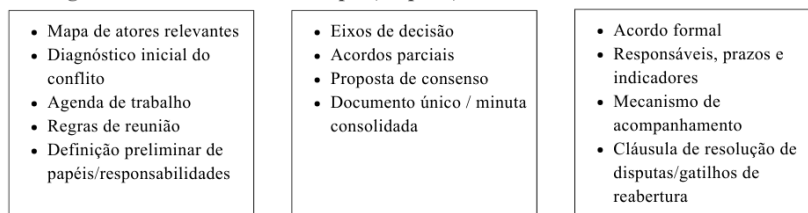
47 *Convening* é o termo utilizado na literatura estadunidense que designa a etapa inicial de instauração do processo de construção de consensos, na qual se busca reunir os atores relevantes, delimitar o problema a ser enfrentado, verificar a disposição das partes para participar do procedimento e criar as condições institucionais mínimas para o desenvolvimento da negociação. Trata-se, portanto, de momento anterior à deliberação de mérito, voltado à composição da mesa, à legitimação do processo e à definição de suas bases iniciais de funcionamento.

48 Susskind; Cruikshank, 2006

49 Sales; Oliveira, 2017

50 Rosas; Sales; Mattei, 2023

51 Susskind; Cruikshank, 2006; Sales; Oliveira, 2017

Figura 1 – Fases da Construção de Consenso**Ações em cada etapa:****Entregáveis ao final de cada etapa (outputs):**

Fonte: Elaboração dos próprios autores, com base em Susskind e Cruikshank, (2006) e Sales e Oliveira (2017).

A fase pré-negocial corresponde à instalação do processo, geralmente provocada por um dos atores envolvidos, com proposta explícita de busca de solução negociada para conflitos identificados. Nessa etapa, a Construção de Consenso funciona como um diagnóstico inicial do conflito, voltado a reduzir incertezas iniciais e a estruturar as condições procedimentais para que a deliberação subsequente seja percebida como legítima e viável. Cumpre ao facilitador, que pode ser o próprio proponente do processo, identificar os conflitos e os atores envolvidos, levantar entendimentos individuais e grupais sobre os problemas e verificar quais tentativas já foram realizadas para superá-los, distinguindo o que foi bem ou malsucedido. Esse diagnóstico também orienta a busca de engajamento do maior número possível de atores diretamente relacionados com as possibilidades de enfrentamento e resolução do problema, conferindo maior legitimidade à decisão final⁵².

Como desdobramento desse diagnóstico, o facilitador estrutura o processo definindo uma agenda de trabalhos e estabelecendo regras de reunião, de modo a organizar participação, turnos de fala, registros e parâmetros de condução. Quando o desenho envolver deliberação voltada à tomada de decisão

52 Sales; Oliveira, 2017

(protocolo), cabe ainda avaliar, desde essa etapa, a necessidade de convidar especialistas para contribuir com o processo, qualificando informações relevantes e reduzindo assimetrias de compreensão sobre o problema⁵³.

Como entregáveis típicos, essa fase tende a produzir uma agenda de trabalho e regras de reunião (*ground rules*) que organizam participação, turnos de fala, registro de deliberações e parâmetros de condução⁵⁴. Quando houver deliberação orientada à tomada de decisão, pode ser necessário identificar a conveniência de convidar especialistas para qualificar informações e sustentar escolhas de desenho do processo⁵⁵. Ainda nessa etapa, a abordagem enfatiza a importância de definir papéis e responsabilidades, incluindo funções de convocação, facilitação e registro, para reduzir ambiguidade e assimetria de coordenação⁵⁶.

Nessa fase, o facilitador ocupa papel central na organização do procedimento, podendo inclusive ser o próprio proponente do processo, na medida em que lhe cabe identificar conflitos e atores relevantes, estruturar a agenda de trabalho, estabelecer as regras de reunião e avaliar a necessidade de apoio técnico especializado para qualificar a deliberação⁵⁷. Ao mesmo tempo, a atuação do facilitador não se confunde com a imposição de soluções, mas com a criação de um ambiente percebido como aberto, justo e confiável, no qual os participantes possam ingressar em condições mais adequadas de diálogo e cooperação⁵⁸. Quando há participantes que representam grupos mais amplos, essa etapa também exige clareza quanto ao vínculo com suas bases, pois o processo dependerá, nas fases seguintes, da capacidade desses representantes de dialogar com os membros do grupo que representa e de submeter a proposta construída à validação posterior⁵⁹.

A fase negocial concentra a dinâmica deliberativa e de negociação, com estímulo à participação das partes na explicitação de posições, interesses e valores relacionados ao conflito. Nessa etapa, os conflitos e as diversas visões sobre eles são expostos e trabalhados de forma progressiva, permitindo que o grupo passe de um quadro inicial de pluralidade e dissenso para uma estrutura mais organizada de deliberação. Em termos analíticos, essa fase opera como um funil de convergência: parte-se da exposição das divergências e percepções iniciais, avança-se para a identificação dos pontos de maior relevância e, em seguida,

53 Sales; Oliveira, 2017

54 Sales; Oliveira, 2017; Susskind; Cruikshank, 2006

55 Sales; Oliveira, 2017

56 Susskind; Cruikshank, 2006; Rosas; Sales; Mattei, 2023

57 Sales; Oliveira, 2017

58 Rosas; Sales; Mattei, 2023

59 Sales; Oliveira, 2017

fixam-se os eixos de decisão, isto é, os pontos essenciais sobre os quais incidirá o processo deliberativo final⁶⁰.

À medida que esse processo avança, torna-se possível esboçar uma proposta mais definida de Construção de Consenso, delimitando os rumos da negociação, os pontos divergentes mais significativos e os aspectos sobre os quais deverão se concentrar os esforços de convencimento e acomodação. A fase pode incluir a apresentação de textos, documentos, informações variadas e outros insumos relevantes, conforme a natureza do problema e as necessidades de esclarecimento identificadas no curso das discussões⁶¹.

Como produto concreto central dessa etapa, cabe ao facilitador condensar as discussões em um documento único, claro e objetivo, que sistematize os consensos alcançados, os pontos ainda sensíveis e a proposta de acordo em construção, para que os demais atores se debrucem sobre ele e definam suas posições⁶². Em termos procedimentais, esse registro também contribui para a transparência e a rastreabilidade das escolhas coletivas, na medida em que documenta acordos parciais, justificativas e objeções remanescentes, permitindo demonstrar os esforços realizados para aproximar o resultado final dos interesses relevantes das partes⁶³. Essa consolidação documental marca o encerramento da fase negocial em sentido estrito, sem significar, contudo, que todos os desdobramentos do acordo estejam definitivamente esgotados, pois sua formalização, implementação, acompanhamento e eventual revisão de pontos residuais pertencem à fase pós-negocial.

A fase pós-negocial é direcionada à implementação do que foi decidido, convertendo deliberações informais em compromissos formalizados e operacionais. Um resultado concreto central dessa etapa é a formalização do acordo, isto é, a transformação das decisões construídas no processo em decisões formais capazes de orientar condutas, coordenar atores e produzir efeitos concretos no tempo. Mais do que encerrar a negociação, essa fase projeta a Construção de Consenso para o plano da execução, razão pela qual o acordo deve ser compreendido como uma arquitetura mínima de implementação, e não apenas como registro final de convergências. Em contextos de conflitos complexo, isso significa aproximar a fase pós-negocial de uma lógica de implementação de política pública, em que compromissos assumidos precisam ser traduzidos em responsabilidades, fluxos de acompanhamento e critérios de verificação⁶⁴.

Nessa etapa, um resultado necessário é a constituição de um mecanismo de acompanhamento da implementação, desenhado para monitorar a execu-

60 Sales; Oliveira, 2017

61 Sales; Oliveira, 2017

62 Sales; Oliveira, 2017

63 Susskind; Cruikshank, 2006

64 Sales; Oliveira, 2017

ção sem bloquear renegociações futuras, mantendo aberta a possibilidade de rediscussão diante de contingências e aprendizados⁶⁵. Para que esse acompanhamento seja efetivo, o acordo pode explicitar, ao menos, quatro componentes observáveis: quem acompanha a implementação, com definição de atores ou instâncias responsáveis; com que periodicidade o acompanhamento ocorrerá, mediante reuniões, relatórios ou marcos temporais; quais indicadores, metas ou entregas servirão de parâmetro para verificar cumprimento; e quais gatilhos autorizam a reabertura ou reconvocação do grupo, especialmente quando houver descumprimento, surgimento de fatos novos ou impossibilidade superveniente de execução nos termos pactuados⁶⁶. Desse modo, o mecanismo de acompanhamento deixa de ser uma cláusula genérica e passa a funcionar como instrumento de coordenação e aprendizagem institucional ao longo da implementação⁶⁷.

A literatura operacionaliza essa etapa, ainda, por meio de procedimentos de ratificação e assinatura, nos quais representantes retornam às suas bases (*constituencies*) para validar o texto e, em reunião final, indicam apoio e compromisso pessoal com a implementação do pacote acordado. Também se prevê a apresentação do pacote final àqueles com autoridade formal para agir, de modo a integrar o acordo a instrumentos institucionais e ampliar sua capacidade de produzir efeitos. Quando possível, recomenda-se buscar formas de tornar os compromissos vinculantes, por exemplo mediante incorporação em atos administrativos, políticas, regulamentos ou instrumentos contratuais, conforme o contexto. Como *output* preventivo, a inclusão de uma cláusula de resolução de disputas é indicada para que problemas inesperados acionem um procedimento previamente acordado, em vez de desestruturar o pacto. Se autoridades formais não puderem aderir ao pacote, a reconvocação do grupo pode ser mobilizada para ajustes e recomposição do acordo, evitando que o resultado perca tração sem implementação⁶⁸.

3. A CRIAÇÃO DO PARQUE DO COCÓ (EM FORTALEZA, CEARÁ, BRASIL) COMO CASO BEM-SUCEDIDO DE APLICAÇÃO DE CONSTRUÇÃO DE CONSENSO

Nesta seção, analisa-se um caso concreto de resolução bem-sucedida de conflito socioambiental por meio da Construção de Consenso: o processo que culminou na criação definitiva do Parque do Cocó, em Fortaleza, a partir da atuação do Fórum Permanente para a Implantação Definitiva do Parque do Cocó. A escolha do caso se justifica ante a litigiosidade acumulada em torno da área, que atuou, por mais de trinta anos, como obstáculo para a superação

65 Sales; Oliveira, 2017

66 Sales; Oliveira, 2017; Susskind; Cruikshank, 2006

67 Sales; Oliveira, 2017

68 Susskind; Cruikshank, 2006

da inércia político-administrativa necessária para a produção de proteção ambiental efetiva, o que levou à formulação de um novo mecanismo orientado à construção de soluções legítimas e implementáveis para um conflito complexo e de longa duração⁶⁹.

Nesse contexto, o Ministério Público Federal atuou como facilitador do consenso, deixando de se limitar à estratégia judicial inicialmente empregada para assumir a proposição e a coordenação de um espaço público plural, permanente e voltado à identificação de problemas, ao debate de alternativas e à elaboração de propostas úteis à autoridade competente para decidir. Diante da constatação da baixa efetividade da judicialização desencadeada sobre o problema, iniciativas foram coordenadas para a criação de um novo mecanismo de resolução de conflitos, capaz de reunir diversos segmentos da sociedade e subsidiar, com maior legitimidade, a tomada de decisão estatal sobre a proteção definitiva da área⁷⁰.

A área objeto do conflito corresponde à região do Cocó, em Fortaleza/CE, cuja proteção histórica gravitava, até então, em torno da antiga poligonal definida por decretos estaduais de desapropriação expedidos entre 1989 e 1993. A área final protegida abrange 1.046,28 hectares, correspondendo à feição urbana mais relevante da área sob as perspectivas ambiental, econômica e social. Sua extensão territorial consagra o Parque do Cocó como o terceiro maior parque urbano da América Latina e o posiciona como possuindo quatro vezes do tamanho do Central Park em Nova Iorque.

O Parque do Cocó, assim, representa uma extensa área verde inserida em uma zona densamente urbanizada e altamente valorizada, com relevância ambiental, econômica, social e cultural para a cidade de Fortaleza. Do ponto de vista ecológico, a região abriga ecossistemas sensíveis e globalmente ameaçados, como manguezais, dunas, córregos e olhos d'água, além de exercer funções ambientais urbanas relevantes, como a regulação térmica. Ao mesmo tempo, a área reúne forte potencial de ecoturismo, lazer e educação ambiental e se localiza em uma das porções mais valorizadas de Fortaleza, circunstância que intensifica a pressão urbanística e econômica sobre seus ecossistemas. Essa combinação entre relevância ecológica, centralidade urbana, valorização imobiliária e indefinição jurídica ajuda a explicar por que o a criação do Parque do Cocó se consolidou como um conflito socioambiental complexo e persistente⁷¹.

69 Sales, 2017

70 Sales, 2017

71 Sales, 2017

3.1 O CONFLITO DO PARQUE DO COCÓ COMO UM CONFLITO COMPLEXO

O caso do Cocó pode ser compreendido, desde logo, como um conflito socioambiental complexo porque se desenvolve em uma área urbana de alta relevância ambiental, econômica, social e cultural para a cidade de Fortaleza. Essa combinação entre riqueza ecológica, pressão urbanística, potencial econômico e valor público do território produz uma arena típica de disputa sobre a definição dos parâmetros de uso, proteção e desenvolvimento sustentável da área⁷².

A cronicidade do conflito decorre, em grande medida, do fato de que, embora a população de Fortaleza tenha incorporado a ideia de que o “Parque do Cocó” já existiria como área protegida, até 2017 não havia ato formal definitivo de criação da unidade de conservação correspondente, mas apenas decretos estaduais voltados a futuras desapropriações e a existência de unidades de conservação municipais parciais. Nesses termos, por quase trinta anos, a região permaneceu submetida a uma situação de indefinição jurídico-institucional, em que a proteção era socialmente esperada e simbolicamente afirmada, mas não se convertia em decisão estatal definitiva capaz de ordenar usos, restringir intervenções e estabilizar expectativas⁷³.

Essa indefinição prolongada favoreceu a reprodução e o acirramento de conflitos de diferentes naturezas, pois a não criação formal de instrumentos de proteção abriu margem para a produção de conflitos socioambientais na região. De um lado, o poder público manteve por décadas a promessa de implantação do parque sem concretizar a proteção jurídica correspondente; de outro, atividades econômicas diversas e interesses patrimoniais privados continuaram a pressionar a área, inclusive por meio da apropriação de zonas ambientalmente sensíveis e da judicialização de pretensões indenizatórias vinculadas à perspectiva de desapropriações futuras. O resultado foi a consolidação de um conflito duradouro, atravessado por disputas fundiárias, ambientais, urbanísticas, políticas e administrativas, sem solução estável produzida nem pela via governamental tradicional nem pela via judicial⁷⁴.

A complexidade do caso também pode ser lida à luz dos elementos definidores dos conflitos socioambientais já trabalhados na seção anterior: trata-se de controvérsia marcada por complexidade e interdependência, continuidade e evolução, alta exigência informacional, incerteza técnica, interesse público, interesses não plenamente representados e multiplicidade de atores e âmbitos decisórios. No caso em análise, esses elementos aparecem de forma concreta porque a disputa não incidia sobre um único bem jurídico ou sobre um único

72 Sales, 2017

73 Sales, 2017

74 Sales, 2017

par de litigantes, mas sobre a própria forma de governar uma área ambientalmente sensível, densamente urbanizada e submetida à atuação simultânea de órgãos públicos, proprietários, empreendedores, movimentos ambientalistas, comunidades e sociedade civil organizada⁷⁵.

A trajetória do caso confirma, ainda, seu caráter crônico e escalonado. Durante anos, com sucessão de governantes, o Governo Estadual prometeu a criação de uma unidade de conservação de proteção integral para a região, sem nunca ter concretizado atos reais de sua implementação definitiva, o que acirrou conflitos, consolidando movimentos sociais ambientalistas que chegaram inclusive a promover a ocupação de parte da área do futuro e prometido Parque por mais de noventa dias, contra novas intervenções públicas e privadas na região. A partir dessa experiência, a população de Fortaleza passou a exigir de forma sistemática uma decisão governamental definitiva para a situação ambiental e patrimonial da área, o que evidencia a passagem de uma controvérsia setorial para um problema público de alta visibilidade social, cuja solução exigia a formulação de políticas públicas⁷⁶.

O caso do Cocó, finalmente, também se caracteriza como problema complexo e crônico porque a judicialização, embora adotada inicialmente como estratégia de proteção, mostrou-se incapaz de produzir efeitos concretos aptos a romper a inércia governamental e a assegurar preservação efetiva dos ecossistemas da área. As ações judiciais manejadas no período anterior ao processo de Construção de Consenso não geraram efeito prático suficiente para superar a indefinição existente e a litigiosidade crescente, não tendo preservado nem ordenado racionalmente os usos do território. É precisamente nesse quadro de alta relevância pública, multiplicidade de interesses, longa duração, acirramento sucessivo e baixa efetividade da resposta judicial, que o conflito envolvendo a criação do Parque Cocó se apresenta como um caso paradigmático para a aplicação da Construção de Consenso⁷⁷.

3.2 OS ATORES E AS ETAPAS DA CONSTRUÇÃO DE CONSENSO NO CASO DO PARQUE DO COCÓ

A experiência do Parque do Cocó reproduz, com adaptações ao contexto institucional da controvérsia, a estrutura processual da Construção de Consenso descrita nas seções anteriores. O ponto de partida foi a constatação, pelo Ministério Público Federal, de que a judicialização acumulada em torno da área não havia sido capaz de romper a inércia político-administrativa nem de assegurar proteção definitiva aos ecossistemas do Cocó, apesar da existên-

75 Sales, 2017; Sales; Oliveira, 2017

76 Sales, 2017

77 Sales, 2017; Sales; Oliveira, 2017

cia de conflitos ambientais, fundiários, urbanísticos e patrimoniais prolongados por décadas.⁷⁸ Diante desse diagnóstico, em janeiro de 2015, o MPF propôs a criação do Fórum Permanente pela Implantação Definitiva do Parque do Cocó (Fórum Cocó), concebido como um mecanismo institucional de construção de consenso voltado à formulação de uma proposta técnica, jurídica e politicamente legitimada para subsidiar a decisão do Governo do Estado do Ceará sobre a proteção da área⁷⁹.

Desde sua origem, o Fórum foi desenhado não como instância substitutiva da autoridade decisória do Estado, mas como espaço público de deliberação capaz de organizar informações, reunir atores relevantes, identificar convergências e produzir encaminhamentos substantivos para a definição da unidade de conservação. Seu propósito foi reorientar o conflito de uma lógica predominantemente adversarial e retrospectiva, centrada na imputação de responsabilidades e na multiplicação de litígios, para uma dinâmica propositiva, orientada à construção de soluções implementáveis para a região do Cocó⁸⁰. Essa escolha dialoga com a própria lógica da Construção de Consenso, na medida em que o procedimento se mostra especialmente adequado quando a solução do conflito depende da articulação entre múltiplos atores, da produção de uma base informacional comum e da conversão do acordo em decisões públicas executáveis.⁸¹⁸²

A composição do Fórum Cocó materializou esse esforço de elaborar um desenho institucional plural. O manifesto de criação do Fórum convocou inicialmente 22 instituições, vinculadas aos governos estadual, municipal e federal, a órgãos ambientais e de controle, ao meio acadêmico, ao Poder Legislativo, a movimentos ambientalistas, a entidades profissionais e ao setor econômico. Já na primeira reunião, foram incorporadas mais duas entidades: o Sindicato da Indústria da Construção Civil do Ceará (Sinduscon-CE), em razão da relevância da atividade imobiliária e da expansão urbana na região, e uma ONG Direitos Urbanos, por sua atuação relacionada aos problemas urbanos e ambientais de Fortaleza. Considerando-se, ainda, o próprio Ministério Público Federal, instituição proponente do processo, o Fórum contou com a ampla participação também do Ministério Público estadual e consolidou a efetiva participação de 25 instituições/atores institucionais, reunindo um conjunto heterogêneo de representantes de perspectivas técnicas, jurídicas, políticas, ambientalistas e econômicas. Essa composição reforça sua aderência à lógica da Construção de Consenso

78 Sales, 2017

79 MPF, 2015

80 Sales, 2017; Sales; Oliveira, 2017

81 Sales; Oliveira, 2017

82 Sales, 2017

em conflitos complexos, caracterizados justamente pela multiplicidade de atores, recursos, saberes e posições sociais em disputa⁸³.

A fase pré-negocial, nesse contexto, assumiu a forma de um diagnóstico institucional do conflito e de estruturação inicial do procedimento. O MPF, como proponente e coordenador inicial do processo, articulou a instalação formal do Fórum, em 05 de fevereiro de 2015, concebendo-o como um espaço permanente, aberto, democrático e plural, destinado a reunir órgãos públicos, entidades privadas e segmentos da sociedade civil com interesses distintos e, em muitos casos, contraditórios, sobre a região do Cocó. Nessa etapa, foram definidos o propósito do Fórum, sua utilidade institucional, a composição da arena deliberativa, a periodicidade das reuniões, as regras de funcionamento e a garantia da voz ativa em igualdade de condições aos participantes, inclusive com mecanismo subsidiário para superação de divergências pontuais. Com isso, antes do enfretamento do mérito, o processo estabeleceu as “regras do jogo” necessárias à deliberação e criou uma base mínima de legitimidade para a construção do consenso⁸⁴.

Superada a etapa de instalação, a fase negocial concentrou a dinâmica propriamente deliberativa sobre os instrumentos de proteção e gestão socioambiental da área. As propostas apresentadas pelos participantes foram debatidas com apoio de reuniões, exposições técnicas, documentos e circulação de informações, até que os principais pontos de conflito fossem organizados em eixos de decisão. A sistematização final do Fórum, apresentada em 29 de abril de 2015, estruturou a controvérsia em quatro grandes eixos: poligonal e tipologia da unidade de conservação; caracterização ambiental e urbanística; aspectos jurídicos; e intervenções existentes e futuras na área.

Esse recorte permitiu que o processo funcionasse como um funil de convergência, no qual visões inicialmente dispersas foram progressivamente organizadas em propostas consensuais, posteriormente encaminhadas à presidência do Fórum para consolidação em documento único. O documento resultante, intitulado “propostas”, foi disponibilizado aos integrantes, recebeu ajustes de redação e foi aprovado pela composição plena do Fórum, sem que isso implicasse a eliminação artificial do dissenso. Ao contrário, divergências remanescentes e pontos não integralmente cobertos pelo consenso foram registrados em nota autônoma anexa ao relatório final, preservando a possibilidade de manter desacordos específicos sem inviabilizar o avanço do processo decisório. A fase negocial, assim, produziu uma proposta substantiva, organizada em torno dos temas centrais para a criação, implementação e gestão da unidade de conservação⁸⁵.

83 Sales, 2017

84 Sales, 2017; Sales; Oliveira, 2017

85 Sales, 2017; Susskind; Cruikshank, 2006; MPF, 2015b

A fase pós-negocial iniciou-se com a formalização dos resultados do trabalho coletivo. A proposta consensual subscrita pelos participantes foi entregue formalmente ao Governador do Estado do Ceará em 26 de agosto de 2015, com a finalidade de subsidiar a decisão política sobre a proteção definitiva da área. A partir daí, o consenso construído no Fórum passou a operar como plataforma técnico-política de referência para a decisão estatal. Embora não vinculasse juridicamente o Governador, oferecia um encaminhamento legitimado por um processo plural de deliberação e superação de diferenças. Essa passagem para a fase pós-negocial, contudo, não significou o encerramento absoluto da controvérsia, mas a abertura de um ciclo de implementação e ajuste, no qual a proposta do Fórum foi submetida aos segmentos técnicos do governo estadual, gerando uma proposta oficial posteriormente reapresentada à sociedade e ao próprio Fórum.

Nesse sentido, o caso do Parque do Cocó ilustra que a fase pós-negocial pode conviver com novas rodadas de negociação sobre pontos residuais ou sobre a forma de implementação do consenso previamente construído. Houve, assim, duas etapas negociais relevantes: a primeira, voltada à formulação da proposta original do Fórum; e a segunda, destinada à análise das divergências entre essa proposta e a proposta oficial do Governo do Estado, ambas documentadas, encaminhadas às autoridades competentes e divulgadas publicamente⁸⁶. O processo culminou na criação formal do Parque Estadual do Cocó pelo Decreto Estadual nº 32.248, de 07 de junho de 2017, publicado no Diário Oficial do Estado em 08 de junho de 2017, que instituiu unidade de conservação estadual de proteção integral com 1.571,2924 hectares e zona de amortecimento de 264,6260 hectares (Ceará, 2017a). A notícia oficial do Governo do Estado também registra que a regulamentação resultou de “dezenas de reuniões, assembleias e audiências públicas”, indicando a continuidade participativa do processo até sua formalização normativa (Ceará, 2017b).

Para sintetizar o desenho institucional do Fórum Cocó e a dinâmica das etapas percorridas no caso, o quadro a seguir organiza os principais marcos cronológicos, os atores envolvidos, a lógica processual de cada fase e os respectivos entregáveis produzidos ao longo do processo⁸⁷.

86 Sales, 2017; Sales; Oliveira, 2017

87 Sales, 2017; Sales; Oliveira, 2017

Quadro 3 - Desenho institucional, etapas e entregáveis do processo de Construção de Consenso no caso Cocó

Etapa	Atores centrais	Dinâmica no caso Cocó	Entregáveis/ outputs
Pré-negocial (entre janeiro e fevereiro de 2015)	MPF como proponente e coordenador inicial; 22 instituições convocadas no manifesto; posterior inclusão do Sinduscon-CE e da ONG Direitos Urbanos; total consolidado de 25 instituições.	Proposição e instalação do Fórum Cocó; definição de finalidade, composição, regras de funcionamento, periodicidade das reuniões e estrutura inicial de trabalho.	Manifesto de criação do Fórum; composição plural de atores; definição do propósito do processo; regras de funcionamento; agenda e estrutura inicial de trabalho
Negocial - 1ª etapa, ainda em 2015	Integrantes do Fórum Cocó (instituições públicas e privadas, atores ambientais, acadêmicos, econômicos, jurídicos e governamentais)	Debate das propostas e construção progressiva de consenso sobre os instrumentos de gestão socioambiental da área, organizados em eixos como poligonal, tipologia da unidade de conservação, aspectos jurídicos e intervenções.	Documento único; relatório final subscrito pelos participantes; nota autônoma com divergências remanescentes; proposta formal entregue ao Governador em 26/08/2015
Pós-negocial - transição para implementação	Fórum Cocó; Governador do Estado; segmentos técnicos do governo estadual	Encaminhamento da proposta consensual ao governo estadual e análise técnica pelos órgãos competentes, sem dissolução do Fórum.	Formalização documental do consenso; entrega oficial às autoridades competentes; encaminhamento para análise técnica governamental; publicização dos resultados.

Negocial - 2ª etapa, após a proposta oficial do Governo	Fórum Cocó; governo estadual; órgãos técnicos envolvidos na elaboração da proposta oficial	Discussão dos pontos divergentes entre a proposta do Fórum e a proposta oficial do Governo do Estado, especialmente quanto à delimitação territorial e aos instrumentos de proteção da área.	Comparação estruturada entre propostas; delimitação dos pontos divergentes; nova rodada de negociação sobre dissensos específicos
Pós-negocial - formalização normativa e acompanhamento, a partir de junho de 2017	Fórum Cocó; Governador do Estado; Secretário Estadual do Meio Ambiente	Criação formal do Parque Estadual do Cocó como unidade de conservação estadual de proteção integral, após processo participativo descrito pelo Governo do Estado como composto por dezenas de reuniões, assembleias e audiências públicas.	Decreto Estadual nº 32.248/2017; criação do Parque Estadual do Cocó com 1.571,2924 hectares; definição de zona de amortecimento de 264,6260 hectares; previsão de objetivos, administração pela SEMA, conselho consultivo e plano de manejo.

Fonte: elaborado pelos autores a partir de Sales (2017), Sales e Oliveira (2017), MPF (2015; 2015b) e Ceará (2017a; 2017b).

3.3 O CASO DO PARQUE DO COCÓ À LUZ DOS PRESSUPOSTOS E PREMISSAS DA CONSTRUÇÃO DE CONSENSO

Para explicitar de forma como o caso Cocó se aproxima do modelo teórico discutido nas seções anteriores, o quadro a seguir organiza os principais pressupostos e premissas da Construção de Consenso e indica, para cada um deles, as evidências correspondentes no caso concreto. Em seguida, parte-se para maior detalhamento de como as premissas e pressupostos de apresentaram no caso em tela.

Quadro 4 - Análise do caso Cocó à luz dos pressupostos e premissas da Construção de Consenso

Pressuposto/ premissa	Evidência no caso Cocó
Responsabilidade representativa	O Fórum reuniu 25 instituições/atores institucionais, incluindo órgãos públicos, entidades profissionais, movimentos ambientalistas, setor econômico e academia, compondo uma arena representativa dos segmentos mais diretamente envolvidos na controvérsia.
Instalação prévia do procedimento	Antes do debate de mérito, foram definidos o propósito do Fórum, sua utilidade institucional, a composição da mesa e as regras de funcionamento, inclusive com previsão de mecanismo subsidiário de deliberação.
Base informacional confiável	A deliberação apoiou-se em estudos técnicos, apresentações especializadas, circulação de documentos e organização temática da controvérsia em eixos como poligonal e tipologia, caracterização ambiental e urbanística, aspectos jurídicos e intervenções existentes e futuras.
Solução melhor que o não acordo	O Fórum foi criado após o diagnóstico de que a judicialização não havia rompido a inércia estatal nem assegurado proteção efetiva à área, de modo que o consenso passou a representar alternativa mais promissora que a manutenção do impasse.
Esboço de acordo para validação	As propostas construídas foram condensadas em documento único, revisadas e aprovadas pela composição do Fórum, sendo posteriormente entregues ao Governador do Estado em 26 de agosto de 2015 para subsidiar a decisão estatal.
“Pensar à frente”	O processo não se encerrou com a produção da proposta: houve encaminhamento ao governo estadual, análise técnica, nova rodada de discussão sobre divergências entre a proposta do Fórum e a proposta oficial do Governo, além de manutenção do Fórum como espaço ativo para acompanhamento e eventual renegociação.
Implementação institucional do consenso	O processo culminou na criação formal do Parque Estadual do Cocó pelo Decreto Estadual nº 32.248/2017, que instituiu unidade de conservação de proteção integral com 1.571,2924 hectares, zona de amortecimento de 264,6260 hectares, administração pela SEMA, previsão de conselho consultivo e elaboração de plano de manejo.

Reconhecimento das diferenças	O Fórum foi desenhado para reunir atores com interesses diversos e, em muitos casos, contraditórios, assumindo o dissenso como ponto de partida do processo deliberativo.
Possibilidade de manter-se em desacordo	Divergências remanescentes e pontos não cobertos pelo consenso integral foram registrados em nota autônoma anexa ao relatório final, sem impedir a consolidação do consenso possível.
Metodologia de inclusão	O processo foi concebido como espaço permanente, aberto, democrático e plural, com participação livre, voz ativa em igualdade de condições e definição antecipada das pautas.
Distinção entre posições, interesses e valores	A dinâmica do Fórum exigiu exposição de divergências, organização de temas centrais e acomodação progressiva de perspectivas distintas sobre proteção ambiental, regularização fundiária, pressão urbanística, intervenções públicas e privadas e instrumentos jurídicos adequados à criação da unidade de conservação.

Fonte: elaborado pelos autores a partir de Sales (2017) e Sales e Oliveira (2017).

Conforme disposto no Quadro 4, o processo foi estruturado a partir de uma composição representativa e plural, reunindo 25 instituições públicas e privadas vinculadas aos governos estadual, municipal e federal, a órgãos ambientais e de controle, ao meio acadêmico, ao movimento ambientalista, a entidades profissionais e ao setor econômico, além do próprio Ministério Público Federal como instituição proponente do Fórum. Essa composição ampliada é relevante porque materializa a preocupação com representação adequada dos interesses em disputa e com a criação de um espaço deliberativo capaz de reunir atores efetivamente implicados na controvérsia⁸⁸.

Também se verifica, no caso, o atendimento ao pressuposto de instalação prévia do procedimento antes da deliberação de mérito. Ainda na fase pré-negocial, foram definidos o ator responsável pela condução dos trabalhos, a secretaria do Fórum, as regras de desenvolvimento das reuniões, a periodicidade dos encontros, a agenda de trabalhos e as regras mínimas de funcionamento, incluindo a garantia de voz ativa em igualdade de condições para os integrantes. Esse desenho prévio demonstra que o diálogo não foi iniciado de forma desorganizada ou espontaneísta, mas dentro de um arranjo institucional minimamente estável, voltado a reduzir assimetrias de coordenação e a conferir legitimidade ao processo⁸⁹.

88 Sales, 2017

89 Sales, 2017

O pressuposto de construção de uma base informacional confiável também foi observado. A fase negocial foi apoiada em estudos técnicos, apresentações especializadas, circulação de documentos e organização dos temas prioritários do conflito, o que permitiu deslocar o debate de afirmações antagônicas para uma deliberação informada⁹⁰. A sistematização final do Fórum, apresentada em 29 de abril de 2015, evidencia essa organização ao estruturar a controvérsia em quatro eixos principais: poligonal e tipologia da unidade de conservação, caracterização ambiental e urbanística, aspectos jurídicos e intervenções existentes e futuras na área⁹¹. Desse modo, a informação técnica funcionou como suporte para reduzir assimetrias, delimitar os pontos centrais de decisão e orientar a construção das propostas consensuais⁹².

Outro elemento importante é que o consenso construído no Fórum produziu uma situação institucionalmente mais promissora do que a manutenção do impasse anterior. A litigiosidade acumulada não havia gerado efeitos práticos suficientes para romper a inércia governamental, nem para assegurar proteção definitiva à área, razão pela qual o Fórum foi concebido como mecanismo voltado à construção de soluções mais eficientes e legitimadas, capazes de impulsionar a criação de instrumentos formais de proteção ambiental. Nesse sentido, o caso atende ao pressuposto segundo o qual a solução construída deve melhorar a situação inicial dos envolvidos, ainda que não corresponda integralmente à posição originária de cada ator, pois substituiu a reprodução do litígio por uma proposta pública, documentada e apta a orientar a decisão estatal⁹³.

O caso também observou o pressuposto de elaboração de um texto passível de validação pelos representados e de formalização do consenso produzido. As propostas debatidas foram sistematizadas em um documento único, disponibilizado aos integrantes, ajustado e aprovado pelo Fórum em sua composição plena, sendo depois formalmente entregue ao Governador do Estado, em 26 de agosto de 2015. Esse percurso demonstra que o resultado do processo não permaneceu no plano informal da conversação, mas foi condensado em peça documental apta a circular entre os atores e a subsidiar a autoridade formalmente competente para decidir⁹⁴. O desdobramento posterior do processo, com a criação do Parque Estadual do Cocó pelo Decreto Estadual nº 32.248/2017, confirma que a proposta consensual funcionou como etapa intermediária entre a deliberação multipartes e a formalização normatiza da unidade de conservação.⁹⁵

90 Sales, 2017

91 MPF, 2015

92 Sales, 2017; Sales; Oliveira, 2017

93 Sales, 2017; Sales; Oliveira, 2017

94 Sales, 2017

95 Ceará, 2017

Por fim, o Fórum também respondeu ao pressuposto de “pensar à frente”, isto é, de estruturar condições para implementação e acompanhamento dos compromissos assumidos. Encerrada a fase negocial, os acordos foram formalizados, documentados, encaminhados às autoridades competentes, divulgados publicamente e acompanhados dentro de uma ambiência favorável a ajustes e renegociações posteriores. O caso, portanto, não tratou o acordo como ponto final autoexecutável, mas como plataforma de transição entre a deliberação multipartes e a decisão estatal⁹⁶. Essa dimensão prospectiva se confirma no Decreto Estadual nº 32.248/2017 que criou formalmente o Parque Estadual do Cocó, definiu sua área e zona de amortecimento, atribuiu sua administração à SEMA e previu instrumentos de gestão como conselho consultivo e plano de manejo⁹⁷.

Além dos pressupostos, o caso analisado também atende às premissas da Construção de Consenso. A primeira delas, o reconhecimento das diferenças, aparece no próprio desenho do Fórum, que reuniu atores inicialmente divergentes para trabalhar sobre um conflito marcado por interesses econômicos, ambientais, patrimoniais, urbanísticos e políticos concorrentes. O procedimento não negou essas diferenças nem buscou eliminá-las artificialmente; ao contrário, organizou-as em uma arena deliberativa comum, permitindo que antagonismos fossem tratados de forma progressiva e que os consensos possíveis fossem maximizados sem descaracterizar a complexidade do conflito⁹⁸.

A premissa da possibilidade de manutenção do desacordo também foi observada. Embora o Fórum tenha produzido uma proposta consensual, a documentação registra que divergências apresentadas ao longo do processo e pontos não integralmente cobertos pelo consenso foram preservados em nota autônoma anexa ao relatório final. Essa escolha demonstra que o avanço do processo não dependeu da eliminação artificial do dissenso, mas da sua acomodação institucional dentro de um acordo possível, permitindo que a proposta fosse encaminhada às autoridades competentes sem apagar as discordâncias remanescentes⁹⁹.

A metodologia de inclusão, por sua vez, aparece tanto na composição heterogênea do Fórum quanto nas regras procedimentais adotadas. O processo assegurou participação facultativa, reuniões abertas ao público, voz ativa em igualdade de condições e definição antecipada de pautas, favorecendo uma dinâmica deliberativa menos hierarquizada e mais compatível com a inclusão substantiva dos atores afetados¹⁰⁰. Além disso, a etapa posterior de regulamen-

96 Sales, 2017; Sales; Oliveira, 2017

97 Ceará, 2017

98 Sales, 2017

99 Sales, 2017; Sales; Oliveira, 2017; Susskind; Cruikshank, 2006

100 Sales, 2017; Sales; Oliveira, 2017

tação do Parque foi descrita pelo Governo do Estado como resultado de dezenas de reuniões, assembleias e audiências públicas, o que reforça a continuidade da participação social e institucional na transição entre a proposta consensual e a decisão normativa final.¹⁰¹

Por fim, a premissa de perceber e distinguir posições, interesses e valores está presente na própria dinâmica do caso. A fase negocial foi orientada por debates, apresentações técnicas, exposição de divergências e organização dos temas centrais sobre os quais deveriam incidir os esforços de convencimento e acomodação. A sistematização do Fórum em eixos temáticos (poligonal e tipologia da unidade de conservação; caracterização ambiental e urbanística; aspectos jurídicos; intervenções existentes e futuras) demonstra que o processo trabalhou não apenas com posições finais dos atores, mas com os interesses, prioridades e fundamentos valorativos subjacentes às suas demandas¹⁰². Nesse sentido, o caso Cocó além de percorrer as etapas formais da Construção de Consenso, o fez de maneira compatível com os pressupostos e premissas que conferem sentido ao método¹⁰³.

O procedimento desenvolvido para a criação definitiva do Parque do Cocó permitiu reorientar institucionalmente um conflito socioambiental marcado por décadas de indefinição jurídica, mobilização social e judicialização de baixa efetividade. Entre 2015 e 2017, o processo produziu uma arena plural, uma proposta consensual formalmente documentada, novas rodadas de discussão sobre sua implementação e, finalmente, a criação normativa do Parque Estadual do Cocó como unidade de conservação de proteção integral pelo Decreto Estadual nº 32.248/2017. O caso ilustra, portanto, a capacidade da Construção de Consenso de transformar um impasse complexo em uma solução pública, institucionalizada, com ganhos de proteção ambiental, participação democrática e coordenação interinstitucional.

CONCLUSÃO

O caso do Cocó represente uma experiência bem-sucedida de Construção de Consenso porque reuniu os elementos centrais do método em um conflito socioambiental de longa duração, marcado por múltiplos atores, alta litigiosidade e baixa capacidade de solução pela via judicial. Ao invés de reproduzir a lógica adversarial que não havia gerado efeitos práticos capazes de romper a inércia governamental nem de assegurar proteção efetiva à área, o Fórum Cocó produziu uma arena plural de deliberação, consolidou propostas consensuais formuladas cooperativamente e entregou à autoridade competente um documento concreto de gestão socioambiental para a região. Nessa medida, o caso

101 Ceará, 2017b

102 MPF, 2015b

103 Sales, 2017; Sales; Oliveira, 2017

gerou acordo possível entre atores anteriormente antagônicos, demonstrando eficiência superior àquela até então obtida na consolidação de posições sobre os destinos do Cocó.

A principal contribuição deste relato de experiência para a literatura de Construção de Consenso está em oferecer uma descrição analítica do “como” o método pode operar, em contexto institucional concreto, na formulação de soluções para conflitos complexos. O caso mostra, de forma empírica, que a construção horizontal de políticas públicas tende a ser mais democrática, a induzir maior aceitação social e a enriquecer os debates por meio do compartilhamento de informações entre atores distintos, permitindo que divergências históricas sejam trabalhadas em ambiente cooperativo. Ao mesmo tempo, reforça a compreensão de que a Construção de Consenso não se confunde com um rótulo genérico de autocomposição: trata-se de mecanismo próprio, orientado à participação dos afetados, à criação de espaços públicos de deliberação e à institucionalização de regras do jogo capazes de produzir soluções mais legítimas e duráveis.

O estudo também sugere uma contribuição prática importante: iniciativas como a do Cocó não devem permanecer episódicas ou dependentes de conjunturas excepcionais, mas precisam ser aperfeiçoadas e disseminadas como forma padrão de tratamento de conflitos complexos, sobretudo aqueles que exigem formulação de políticas públicas e coordenação entre múltiplos atores. Em paralelo, a literatura aqui mobilizada mostra que, em uma sociedade acostumada ao litígio, muitas organizações públicas e privadas ainda ignoram a possibilidade consensual e preferem o caminho da imposição ou da resistência, o que faz da institucionalização da Construção de Consenso um desafio central para o sistema de justiça e para a administração pública.

É nesse ponto que o artigo pode apontar para uma implicação normativa mais ampla. Se a Construção de Consenso demonstrou, no Cocó, capacidade de produzir decisões mais legítimas, cooperativas e potencialmente mais estáveis, o desafio seguinte é transformá-la em padrão institucional de gestão de conflitos complexos. Isso envolve, de um lado, alterar a mentalidade do sistema de justiça, ainda fortemente orientado pela heterocomposição e pela judicialização, para que negociar e facilitar consensos deixe de ser solução periférica e passe a integrar o repertório ordinário de todos os órgãos vocacionados à gestão de demandas públicas complexas. De outro lado, envolve formar novas gerações de profissionais, no Direito, no Ministério Público, na magistratura, na advocacia pública e privada e em outras instituições correlatas, com maior familiaridade com desenho procedimental, facilitação, gestão de informação e construção de soluções pactuadas. Essa direção é coerente com a defesa, presente na literatura, de consolidação do mecanismo como modelo de análise

e de participação democrática apto a lidar com a complexidade das relações sociais contemporâneas.

O trabalho aponta para uma agenda de pesquisa futura que pode avançar em pelo menos quatro direções. A primeira é comparar casos de Construção de Consenso em conflitos socioambientais e urbanos, para identificar com maior precisão os fatores que favorecem ou dificultam sua efetividade. A segunda é aprofundar a avaliação da fase pós-negocial, examinando como acordos consensuais se traduzem (ou não) em implementação sustentada ao longo do tempo. A terceira é investigar comparativamente o papel de diferentes instituições facilitadoras no desenho e na condução desses processos. A quarta é estudar as condições de institucionalização do método no sistema de justiça brasileiro, inclusive em termos de formação profissional, rotinas organizacionais e critérios de acionamento da Construção de Consenso em substituição à resposta judicial tradicional. Nessa direção, experiências descritas na literatura recente já indicam que o método pode servir de modelo para outras situações de conflito complexo e que seu desenvolvimento está longe de se esgotar.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

BRASIL. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 21 maio 1993.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Brasília, DF: CNJ, 2010.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 29 jun. 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CEARÁ. Decreto nº 32.248, de 7 de junho de 2017. Dispõe sobre a criação da unidade de conservação estadual do grupo de proteção integral denominada Parque Estadual do Cocó, no Município de Fortaleza, e dá outras providências.

Diário Oficial do Estado do Ceará: série 3, ano IX, n. 108, Fortaleza, 8 jun. 2017.

CEARÁ. Governo do Estado do Ceará. Cocó: parque é regulamentado após 40 anos. Fortaleza: Governo do Estado do Ceará, 4 jun. 2017b.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2025. Brasília, DF: CNJ, 2025.

FALECK, Diego. Manual de design de sistemas de disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Ceará. Fórum Permanente pela Implantação do “Parque Ecológico do Cocó”. Fortaleza: Ministério Público Federal, 2015. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/o-mpf/unidades/pr-ce/atuacao/forum-coco/manifesto-coco.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2026.

Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Ceará. Apresentação final do Fórum Cocó. Fortaleza: Ministério Público Federal, 2015b. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/o-mpf/unidades/pr-ce/atuacao/forum-coco/apresentacao-final-do-forum-coco.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2026.

MOORE, Christopher; WOODROW, Peter J. Collaborative problem solving within organizations. California: SAGE Publications, 1999.

RAIFFA, Howard. The art and science of negotiation. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1982.

ROSAS, Thiago; SALES, Alessander Wilckson Cabral; MATTEI, Julia. Construção de Consensos e a atuação do Ministério Público na gestão de conflitos socioambientais: o caso do Ministério Público Federal no Ceará. Revista do Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance, v. 7, n. 2, p. 36-55, jul./dez. 2023.

SALES, Alessander Wilckson Cabral. Construção de Consensos e a gestão da pandemia de covid-19: estrutura, desenvolvimento e resultados no Estado do Ceará. Pensar: Revista de Ciências Jurídicas, Fortaleza, v. 27, n. 4, p. 1-14, out./dez. 2022.

SALES, Alessander Wilckson Cabral; OLIVEIRA, Vladia Pinto Vidal de. Construção de Consensos: definição, delimitação e adequação. Revista de Informação Legislativa, Brasília, DF, v. 54, n. 216, p. 439-464, out./dez. 2017.

SEBENIUS, James K. Negotiation analysis: a characterization and review. Management Science, v. 38, n. 1, p. 18-38, 1992.

SIDAWAY, Roger. Resolving environmental disputes: from conflict to consensus. London; Sterling, VA: Earthscan, 2005.

SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey. Breaking the impasse: consensual approaches to resolving public disputes. New York: Basic Books, 1987.

SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey. Breaking Robert's rules: the new way to run your meeting, build consensus, and get results. New York: Oxford University Press, 2006.

SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey; DUZERT, Yann. Quando a maioria não basta: método de negociação coletiva. Tradução Yves Bergounoux. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008.

URY, William L.; BRETT, Jeanne M.; GOLDBERG, Stephen B. Getting disputes resolved: designing systems to cut the costs of conflict. San Francisco: Jossey-Bass, 1988.

Recebido em: 31/03/2026

Aprovado em: 30/06/2026

MEMÓRIA, DEFICIÊNCIA COGNITIVA E DECISÃO JUDICIAL: RECONSIDERANDO O TESTEMUNHO NA DEMÊNCIA DO TIPO ALZHEIMER

MEMORY, COGNITIVE IMPAIRMENT, AND JUDICIAL DECISION-MAKING: RECONSIDERING TESTIMONY IN ALZHEIMER-TYPE DEMENTIA

ANA PAULA BARBOSA-FOHRMANN¹

MICHAEL GUEDES²

RESUMO

O artigo discute a confiabilidade do testemunho de pessoas com Alzheimer. Apontamos a inadequação da presunção segundo a qual alguém acometido por essa demência não pode contribuir significativamente para o conhecimento dos fatos que importam a um processo judicial. Esse argumento é desenvolvido em três partes. Na primeira, apresentamos a noção de capacitismo e explicamos como este afeta negativamente o raciocínio probatório, configurando injustiças testemunhais. Na segunda, explicamos o Alzheimer como condição progressiva, com variabilidade interindividual relevante e diferentes fases, existindo momentos em que a memória ainda se encontra apta a contribuir para a busca da verdade. Na terceira, argumentamos que tal testemunho não apenas pode suprir necessidades epistêmicas, como também que sua admissão é compatível com diversos compromissos próprios do raciocínio judicial probatório. Empregamos o método de revisão bibliográfica de escritos sobre deficiência e epistemologia da prova judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Memória. Testemunho. Alzheimer. Decisão judicial.

ABSTRACT

This article discusses the reliability of testimony from people with Alzheimer's disease. It points out the inadequacy of the presumption that someone afflicted with this dementia cannot significantly contribute to the knowledge of facts relevant to a judicial process. This argument is developed in three parts. In the first, we present the notion of ableism and explain how it negatively affects evidentiary reasoning, leading to testimonial injustices. In the second, we explain Alzheimer's as a progressive condition with significant interindividual variability and different phases, with periods when memory is still capable of contributing to the search for truth. In the third, we argue that such testimony can not only fulfill epistemic needs, but also that its admission is compatible with various commitments inherent in judicial evidentiary reasoning. We employed the method of bibliographic review of writings on disability and the epistemology of judicial evidence.

KEYWORDS: Memory. Testimony. Alzheimer's. Judicial decision-making.

- 1 Pós-doutora e Doutora em Direito pela Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Pós-doutora em Filosofia pela Universität Münster. Doutora em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professora Associada da Faculdade Nacional de Direito (FND) e do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da UFRJ. E-mail: anapbarbosa@direito.ufrj.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6331-1023>
- 2 Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor de Direito Público da Universidade São José (USJ). E-mail: guedes_michael@outlook.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8515-1120>

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A deficiência e suas repercussões na investigação dos fatos. 3. O testemunho do sujeito com demência do tipo Alzheimer: grau, memória e confiabilidade. 3.1. A demência do tipo Alzheimer como condição graduada e não categórica. 3.2. Memória e testemunho: o que exatamente se deteriora? 3.3. O corpo como eixo de continuidade cognitiva. 3.4. Quando o testemunho se torna realmente problemático? 4. A compatibilidade do raciocínio probatório com um desenho institucional inclusivista a respeito do testemunho da pessoa com Alzheimer. 5. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A garantia do devido processo legal, para que se torne efetiva, deve abranger o direito de produzir provas que sejam consideradas necessárias para a elucidação da controvérsia, o que há de ser assegurado pelo Juízo, para que não se dê margem ao cerceamento de defesa. Em tal contexto, o fato da reclamada ser portadora de moléstia que compromete sua capacidade cognitiva, doença de Alzheimer, a torna inapta para depor em juízo, sob risco de violação da garantia do contraditório.³

Impõe-se, por conseguinte, o retorno dos autos à Vara de Origem, a fim de assegurar o regular prosseguimento do feito, com a realização de nova instrução processual, devendo ser dispensado o depoimento do Autor, diante da síndrome demencial do tipo Alzheimer, facultando-se às partes, porém, a produção de suas provas. Resta prejudicada a apreciação dos demais pontos do Recurso proposto pelo Reclamante.⁴

Os dois trechos supracitados compõem partes de ementas de decisões brasileiras, nas quais podemos notar como, em geral, o testemunho⁵ do sujeito⁶ com demência do tipo Alzheimer é tido por pouco útil para a persecução da verdade em nosso sistema de justiça. Ademais, historicamente, em variados sistemas de justiça, não somente o testemunho do indivíduo com Alzheimer, como também o de sujeitos com deficiências cognitivas em geral, embora não sejam necessariamente inadmissíveis, vêm sendo entendidos como algo que “suscita sérios problemas relativos à averiguação da credibilidade desse testemunho”⁷.

3 BRASIL, 2017.

4 BRASIL, 2022.

5 Optamos por utilizar um conceito amplo de testemunho neste artigo – próprio da epistemologia. Nesse sentido, por “testemunho” não estaremos abarcando apenas o terceiro chamado ao processo por uma das partes (a testemunha em sentido estrito do Direito), mas, sim, toda forma de comunicação, cujo objetivo é a transmissão de informação sobre algo.

6 Neste trabalho, os termos *pessoa*, *sujeito* e *indivíduo* com deficiência serão utilizados de forma intercambiável, sem a pretensão de estabelecer distinções conceituais estritas entre essas expressões.

7 TARUFFO, 2014, p. 61.

O motivo de preocupação com respeito ao testemunho da pessoa com Alzheimer talvez seja um dos mais intuitivos. Um elemento importante para a descoberta dos fatos em contextos judiciais, em que se depende de testemunhas, é contar com elas em condições de discorrer de forma autêntica sobre o que se recordam sobre determinados fatos que vivenciaram. Entretanto, o sujeito com demência do tipo Alzheimer é alguém que sofre de doença neurodegenerativa progressiva que danifica precisamente a memória que serve de fonte para as suas declarações.

É de se presumir que expressivos esforços teóricos tenham sido desenvolvidos para conceder atenção aos diversos desafios atrelados ao uso do testemunho de sujeitos com Alzheimer e outras deficiências que afetam a cognição. Todavia, tal presunção não encontra amparo epistêmico, ao analisarmos significativa parte das teorizações em matéria de direito probatório. É precisamente esse fator, inclusive, que justifica a relevância deste artigo.

O risco de que uma testemunha esteja a dizer algo incondizente com o que acredita ser a realidade, ou seja, esteja mentindo⁸ (o que chamaremos a partir daqui de “problema das mentiras”) é, certamente, o tema que tradicionalmente mais ocupou atenção teórica. Essa preocupação com as mentiras é o que explica os dispositivos normativos que impõem a necessidade de jurar “dizer a verdade e somente a verdade” e regularizam o uso de mecanismos, cujo suposto poder seria o de detecção de mentiras, como o polígrafo.

Trabalhos recentes dedicados aos desafios de determinação da hipótese sobre os fatos de um processo judicial vêm concedendo atenção a algo diverso do “problema das mentiras”. Trata-se dos trabalhos sobre as falsas memórias, que são aquelas as quais autenticamente se crê serem verdadeiras, porém são falsas.⁹ Essas contribuições têm sustentado a importante tese de que mesmo uma testemunha que se encontra em plena capacidade cognitiva e não mente pode, ainda assim, dizer algo falso.

Para sustentar essa tese, os autores que dispensam atenção ao tema sinalizam pelo menos dois pontos. O primeiro deles está relacionado com as limitações da memória humana. Nesse sentido, explicam como mesmo o indivíduo em plena capacidade cognitiva possui limitações no que diz respeito à sua capacidade de codificar, armazenar e recuperar dados sobre um determinado evento vivenciado.

O segundo ponto se refere ao próprio conceito de mentira. Assim, explicitam como “mentir” tem a ver com o estado mental da testemunha, não com

8 Para contato com maiores considerações sobre o conceito de mentira aqui adotado e as inadequações de outras opções, ver FALLIS, 2009.

9 A título de trabalhos que se dedicam a abordar as falsas memórias e suas repercussões na busca pela verdade nos processos judiciais, ver, por exemplo, STEIN, 2010; RAMOS, 2018; DAVIS e LOFTUS, 2019; MATIDA, 2019; e GUEDES, 2021, 2024.

a realidade em si. Mente a testemunha que diz o que *acredita* ser falso. Não mente a testemunha que diz o que *acredita* ser verdadeiro. Entretanto, uma testemunha pode fazer uma alegação que acredita ser verdadeira (ou seja, não mentir) e, por força de ser uma alegação baseada em uma falsa memória, ainda assim relatar algo que não corresponde à realidade. É daí que se extrai a base para afirmar que, mesmo uma testemunha que se encontra em plena capacidade cognitiva e não mente, pode dizer algo falso.

Entendemos que esses trabalhos previamente mencionados podem ser resumidos a uma problematização da presunção segundo a qual se uma testemunha está em plenas capacidades cognitivas e não mente, então está dizendo algo que corresponde à realidade. Todos servem de alerta aos sistemas de justiça sobre como essa presunção é inapropriada. Nesse sentido, os autores apresentam o risco de incorrer em uma indevida valorização do dito por outro, expondo as razões pelas quais a memória, que serve de fonte às declarações da testemunha, é falível. Consequentemente, demonstram o quão é indevida a crença de que um indivíduo, apenas por estar em plenas faculdades cognitivas e bem-intencionado (não mentindo), pode codificar, armazenar, recuperar e narrar dados sobre um determinado fato de forma perfeita e sem sofrer os efeitos do contato com agentes externos, da passagem do tempo etc.

O objetivo do presente artigo é complementar os esforços relacionados a uma problematização da presunção de veracidade do afirmado pela testemunha com plena capacidade cognitiva e que não mente. Nesse sentido, intentamos argumentar contra uma presunção oposta – de não veracidade do testemunhado por um indivíduo com deficiência cognitiva. Para fins de recorte, decidimos desenvolver essa ideia com maior atenção a uma deficiência cognitiva específica – a demência do tipo Alzheimer.

A seção 2 do artigo contém considerações sobre a forma como o sujeito com deficiência cognitiva vem sendo encarado em ambientes investigativos e processuais como testemunha. Indicamos elementos que corroboram a tese de que seu testemunho, quando admitido, vem rotineiramente recepcionando pouca credibilidade, sem maiores problematizações acerca do seu apropriado valor epistêmico.

A seção 3 é dedicada à demência do tipo Alzheimer. A partir de considerações técnicas sobre a referida deficiência, demonstramos como uma testemunha que possui tal deficiência pode ser fonte de prova proveitosa à determinação da hipótese sobre os fatos de um processo. Isso ao se levar em conta aspectos como as diferentes fases dessa demência, a memória do indivíduo e sua corporeidade.

A seção 4 se volta para algumas considerações sobre as próprias características do raciocínio judicial em contexto de descoberta da verdade. A partir da metáfora da autora Susan Haack sobre como a busca da verdade pode ser equiparada a um jogo de palavras cruzadas, pretendemos refletir sobre a adequação

de um olhar mais generoso acerca do valor probatório do testemunho do sujeito com deficiência cognitiva. Sustentamos uma tese complementar à da falibilidade do testemunho do sujeito que não mente e se encontra no uso de plena faculdade cognitiva: a da confiabilidade que pode ser concedida à memória de alguém afetado por deficiência cognitiva, como a de Alzheimer, desde que determinados cuidados sejam tomados.

2. A DEFICIÊNCIA E SUAS REPERCUSSÕES NA INVESTIGAÇÃO DOS FATOS

Os séculos XVII e XVIII tiveram importante papel na consolidação de um modelo médico acerca da deficiência^{10, 11}. Esse modelo se alicerça na necessidade de exclusão, segregação ou integração do sujeito com deficiência. Nesse sentido, baseia-se na crença, comum em uma perspectiva médica reducionista, de que a deficiência seria um mal e, como tal, precisaria ser curada ou, ao menos, remediada.¹²

O modelo social surgiu como uma resposta às **várias injustiças perpetradas por um modelo médico** – que impõe para o sujeito com deficiência o fardo de se ajustar aos que o cercam. De acordo com o modelo social, são os demais sujeitos e o ambiente que precisam se adaptar ao sujeito com deficiência, procurando eliminar as barreiras que os separam.¹³ Assim, tal modelo impõe uma mudança de foco. É a sociedade que passa a ser vista, de acordo com ele, como algo que demanda reabilitação, não o indivíduo com deficiência.¹⁴ Em outros termos, o entorno do sujeito com deficiência que é que é deficiente e, por sê-lo, enxerga tal indivíduo como se também o fosse.¹⁵

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CIDPD), de 2006, possui importante papel entre os esforços voltados à concretização de dois modelos: o social¹⁶ e o de direitos humanos¹⁷. Trata-se de um documento reafirmador e positivador não apenas de diversos direitos, mas também de mecanismos voltados à sua efetivação, como o acesso à justiça. Nesse sentido, alinha-se aos ideais do modelo social e de direitos humanos ao registrar a mudança de paradigma do modelo médico para o modelo social, bem como ao reafirmar direitos humanos já previstos, entre outros instrumentos, na

10 BARBOSA-FOHRMANN, 2020, p. 28.

11 Optamos por partir do modelo médico, que se encontra em um momento mais avançado da história das pessoas com deficiência. Para contato com o assunto desde a Antiguidade, ver BARBOSA-FOHRMANN, 2020, p. 25-s.

12 BARBOSA-FOHRMANN, 2020, p. 24-25.

13 BARBOSA-FOHRMANN, 2020, p. 24-25; SHAKESPEARE, 2014.

14 FONSÊCA, 2023, p. 40.

15 BARBOSA-FOHRMANN, 2020, p. 40.

16 SHAKESPEARE, 2014.

17 DEGENER, 2017.

Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e nos pactos internacionais posteriores. A deficiência, tal como entende o modelo social, passa a ser exposta como algo produzido pelo ambiente, de forma que é o entorno que é compreendido como algo que incapacita. Em outros termos, ninguém nasceria com deficiência, mas, sim, tornar-se-ia graças à sociedade.¹⁸

Inclusive, é apropriado considerar que foi em resposta a essa Convenção, internalizada no Brasil com status de norma constitucional, que a Lei nº 13.146 de 2015 – o Estatuto da Pessoa com Deficiência, também chamada de Lei Brasileira de Inclusão – foi criada. Esta Lei é uma medida direcionada ao ajuste de nosso sistema jurídico aos compromissos de um modelo social¹⁹ e de direitos humanos²⁰.

Em que pese a existência de legislações nacionais e internacionais voltadas à superação de um modelo médico reducionista – que compreende o humano a partir de uma redução ao biológico –, os desafios para sua superação ainda são expressivos. Por consequência, tampouco se consegue facilmente superar o agir capacitista²¹, problema conexo a modelos que enxergam a deficiência como algo a ser, de algum modo, erradicado.

O capacitismo caracteriza-se como uma visão fundamentalmente negativa da deficiência. Capacitistas concebem mentalmente um corpo perfeito, incorrendo inevitavelmente no apagamento das diferenças. Isso porque todo indivíduo que, por força de uma deficiência, se distancie desse corpo ideal projetado é visto como alguém pertencente a uma categoria humana inferior. Em outras palavras, estabelecer-se-ia uma clara distinção entre o humano considerado normal ou aperfeiçoado e aquele tido como “aberrante”, sendo este algo inaceitável por ser visto como apenas quase humano e, portanto, não plenamente humano.²²

Mas o capacitismo na história não deve ser entendido como uma postura de mero apagamento ou exclusão. Ao contrário, a invocação da deficiência é algo que a todo tempo se faz presente, ainda que indiretamente, visto que tanto se fala em normalidade e humanidade – o que intui admitir o anormal²³ e o inumano²⁴.

Assim, é inadequado reduzir o capacitismo a medo do estranho e anormal, bem como tratar a deficiência como algo simplesmente fora do lugar. Para um capacitista, o sujeito que possui deficiência tem seu lugar, que é precisamente

18 BARBOSA-FOHRMANN, 2020, p. 30.

19 BARBOSA-FOHRMANN, 2020, p. 35.

20 DEGENER, 2017.

21 CAMPBELL, 2008.

22 CAMPBELL, 2008, p. 2-3.

23 FOUCAULT, 2010.

24 CAMPBELL, 2008, p. 6.

o de alguém visto em transição para um novo estado. É esse lugar na liminaridade que garante a existência de um outro lugar, o lugar do indivíduo considerado “normal”²⁵.

Quando a postura capacitista repercute em uma investigação ou processo judicial, são diversos os desafios que vêm à tona. Em especial porque tais desafios se somam a dificuldades que já se fazem inevitavelmente presentes, não relacionadas ao agente capacitista, acerca das quais valem breves considerações.

Desde logo se observa uma notável lacuna normativa em diversos sistemas de justiça quanto ao tratamento adequado a ser concedido a indivíduos com deficiência que afeta a cognição.^{26,27} Pessoas com deficiência cognitiva frequentemente enfrentam dificuldades para se fazer compreender no contexto judicial.²⁸ Em casos de crimes sexuais, por exemplo, são diversos os obstáculos para a verificação da capacidade de consentimento para relações sexuais. Há, por vezes, desafios como dificuldades comunicacionais e verbais, lacunas quanto ao significado que as próprias possíveis vítimas atribuem às suas experiências e dificuldades na compreensão do agir social.²⁹

Para piorar a situação, o ambiente judicial tampouco é adaptado a essas pessoas.³⁰ E frequentemente faltam elementos informativos outros que não a própria possível vítima com deficiência, visto que certos crimes, como os sexuais, normalmente deixam poucas outras evidências.³¹

Ainda, indivíduos com deficiência que afeta a cognição são frequentemente mais suscetíveis a abusos. Isso porque costumam sofrer com falta de afeto e com dificuldades em diferenciar relações afetivas legítimas de situações abusivas. Tais elementos, somados à pretensão de muitas dessas pessoas de serem tratadas como normais, tornam-nas mais vulneráveis.³²

Não à toa, existem dados que indicam que, por exemplo, indivíduos com dificuldades de aprendizagem e autismo são quatro vezes mais suscetíveis a abusos sexuais do que pessoas sem deficiência.³³ Além disso, perpetradores de violência tendem a vê-los como alvos menos prováveis de reportarem abusos ou menos prováveis de serem ouvidos caso o façam.³⁴

25 CAMPBELL, 2008, p. 5-6.

26 WILLIAMS; JOBE, 2025, p. 1.

27 Lacuna essa que é bem documentada, por exemplo, no Reino Unido, em contexto criminal, como abordam WILLIAMS e JOBE, 2025, p. 1.

28 FONSÊCA, 2023, p. 45.

29 MADEIRA, 2015, p. 18.

30 FONSÊCA, 2023, p. 45.

31 MADEIRA, 2015, p. 22-23.

32 MADEIRA, 2015, p. 14.

33 WILLIAMS; JOBE, 2025, p. 2.

34 WILLIAMS; JOBE, 2025, p. 3.

Inclusive, a fim de corroborar a assertiva de maior vulnerabilidade do sujeito com deficiência intelectual, pode-se considerar o recente caso de estupro ocorrido em Maceió, no dia 15 de setembro de 2025.³⁵ No referido caso, uma mãe procurou a polícia para denunciar o estupro de seu filho de 13 anos, que possui Transtorno de Espectro Autista (TEA). Segundo seus relatos, o responsável pelo crime estava em contato com o adolescente via aplicativo de mensagens e praticou o crime após pegar o adolescente de carro na porta do condomínio onde a vítima morava.

Ademais, no instante em que todos esses fatores se somam a uma postura notavelmente capacitista, as coisas se complicam ainda mais. Isso porque, como explicam Williams e Jobe³⁶, as vítimas de abusos costumam ser pouco credibilizadas em ambiente policial e judicial. Ademais, em virtude da já pontuada costuma ausência de outros elementos probatórios, em especial em contextos de crimes sexuais, há alta tendência de as investigações se tornarem “pobres” e, por isso, não resultarem em processos ou, quando resultam, não gerarem condenações dos criminosos. Ambientes investigativos que contam apenas com as pessoas com deficiências intelectual ou cognitiva como fonte tendem a lhe encarar como irresponsável e, por isso, impassível de recepção de crédito pelo que diz.³⁷

Nesse sentido, como explicam Williams e Jobe³⁸, pode-se afirmar que tais sujeitos são vítimas do que alguns teóricos têm identificado como *injustiça epistêmica testemunhal*. O conceito foi originalmente desenvolvido por Fricker³⁹ e, embora tenha sido inicialmente mobilizado precipuamente para analisar a injustiça epistêmica sofrida por grupos como mulheres e negros, mostra-se igualmente útil para compreender o que ocorre com pessoas com deficiência. Afinal, estas também constituem um grupo social historicamente marginalizado – e são justamente grupos marginalizados os principais alvos de injustiças epistêmicas.

Como originalmente explicado por Fricker, uma injustiça epistêmica testemunhal ocorre quando alguém é deslegitimado enquanto sujeito cognoscente, sofrendo um déficit de credibilidade em relação ao seu testemunho em virtude de preconceitos. O descrédito atribuído à palavra da pessoa com deficiência intelectual, como no caso de pessoas autistas, ou cognitiva, como no caso de sujeitos com Alzheimer, constitui precisamente um caso de desrespeito ao outro enquanto sujeito cognoscente. Nesse caso, o preconceito em questão manifesta-se na forma de capacitismo, do qual esse grupo é vítima, resultando na desvalorização do testemunho dessas pessoas, mesmo quando tal testemunho pode ser relevante para aproximar o processo da realidade dos fatos.

35 As informações sobre o caso referenciado estão disponíveis em SOUZA, 2025.

36 WILLIAMS; JOBE, 2025, p. 6-7.

37 FONSÊCA, 2023, p. 48.

38 WILLIAMS; JOBE, 2025, p. 8.

39 FRICKER, 2007.

3. O TESTEMUNHO DO SUJEITO COM DEMÊNCIA DO TIPO ALZHEIMER: GRAU, MEMÓRIA E CONFIABILIDADE

A partir desta seção, vamos explorar a demência do tipo Alzheimer. Intentamos demonstrar como até mesmo uma pessoa que possui uma das deficiências mais frequentemente rotuladas como incompatíveis com a ideia de uma testemunha confiável pode contribuir para a descoberta dos fatos – desde que sejam adotadas estratégias e cuidados adequados.

3.1 A DEMÊNCIA DO TIPO ALZHEIMER COMO CONDIÇÃO GRADUADA E NÃO CATEGÓRICA

A demência do tipo Alzheimer constitui a forma mais prevalente entre as demências conhecidas, correspondendo a aproximadamente 50% a 60% dos casos diagnosticados. Sua incidência aumenta progressivamente com o avanço da idade, sendo inferior a 10% por volta dos 65 anos, alcançando cerca de 10% aos 75 anos, aproximadamente 20% aos 80 anos, entre 30% e 40% aos 85 anos e podendo atingir 50% entre indivíduos com 90 anos ou mais. Tais dados epidemiológicos, amplamente confirmados por relatórios internacionais, evidenciam a estreita relação entre envelhecimento populacional e crescimento da prevalência da doença, circunstância que torna suas implicações jurídicas cada vez mais relevantes.⁴⁰

O relatório mundial da *Alzheimer's Disease International*⁴¹ indicava que 58% das pessoas com demência viviam em países de baixa e média renda, com projeção de aumento para 63% em 2030 e 68% em 2050. A ampliação da expectativa de vida, sobretudo em países em desenvolvimento, reforça a necessidade de enfrentamento jurídico da questão, uma vez que o número de indivíduos potencialmente acometidos tende a crescer de maneira expressiva nas próximas décadas.

Embora existam outros tipos de demência – como a demência vascular, a demência associada à doença de Parkinson, a demência por corpos de Lewy, a demência frontotemporal, a doença de Huntington, a síndrome de Korsakoff associada ao alcoolismo e a doença de Creutzfeldt-Jakob – o foco do presente estudo recai especificamente sobre o Alzheimer, dada sua prevalência e impacto social.

Para fins didáticos, pode-se recorrer à divisão em três fases frequentemente adotada na literatura especializada e por instituições como a Associação Brasileira de Alzheimer (ABRAz), que distingue os estágios leve, moderado e grave da doença. Na fase leve, observam-se alterações como perda de memória recente, dificuldade para encontrar palavras, desorientação temporal ou espa-

40 BARBOSA-FOHRMANN, 2022, p. 14-15.

41 ALZHEIMER'S DISEASE INTERNATIONAL, 2015.

cial episódica, dificuldade na tomada de decisões, perda de iniciativa e possíveis alterações de humor, como depressão ou irritabilidade. Trata-se de estágio em que o comprometimento cognitivo já se manifesta, mas no qual diversas capacidades permanecem preservadas, sendo comum que o indivíduo mantenha relativa autonomia e compreensão situacional.

Na fase moderada, o prejuízo torna-se mais evidente e passa a afetar com maior intensidade as atividades da vida cotidiana. Verifica-se comprometimento mais acentuado da memória, esquecimento de fatos relevantes e de nomes de pessoas próximas, maior dependência de terceiros para cuidados pessoais e tarefas domésticas, além de dificuldades mais marcadas na comunicação verbal. Podem surgir alterações comportamentais, como agressividade, inquietação ou desconfiança, bem como ideias desconexas ou alucinações. Ainda assim, a progressão não é uniforme nem idêntica entre os indivíduos, havendo variações significativas na intensidade e na forma de manifestação dos sintomas.

Na fase grave, constata-se prejuízo profundo da memória, com incapacidade de registro de novas informações e dificuldade significativa na recuperação de memórias antigas, inclusive no reconhecimento de familiares e locais conhecidos. O indivíduo passa a apresentar grande dificuldade de orientação mesmo em ambientes familiares, podendo ocorrer incontinência urinária e fecal, além de prejuízo motor progressivo que compromete a locomoção e, em estágios mais avançados, pode conduzir à necessidade de cadeira de rodas ou ao acamamento. Somente nesse estágio extremo é que se pode falar, com maior segurança, em comprometimento global severo das funções cognitivas e funcionais.

Do ponto de vista neuropatológico, o Alzheimer caracteriza-se por declínio gradual da memória e de outras funções cognitivas e, estruturalmente, por atrofia cerebral associada à acumulação de placas amiloides extracelulares e emaranhados neurofibrilares intracelulares.⁴² As lesões concentram-se sobretudo no hipocampo, nas amígdalas cerebelares e no córtex entorrinal do lóbulo temporal, enquanto as porções parietais e frontais do córtex associativo tendem a ser menos afetadas nos estágios iniciais.⁴³ O hipocampo desempenha papel central na consolidação de novas memórias, o que explica por que, nas fases iniciais, o prejuízo mais marcante recai sobre a assimilação e retenção de informações recentes, ao passo que memórias remotas podem permanecer relativamente preservadas por período considerável.

O diagnóstico da doença é clínico e neuropsicológico, sendo exames de imagem utilizados principalmente para excluir outras causas de demência. Pesquisas recentes buscam marcadores biológicos capazes de identificar alterações estruturais e funcionais precoces, como a redução do volume do hipocampo por

42 KARCH; CRUCHAGA; GOETE, 2014, p. 11.

43 DE FALCO et al., 2016, p. 63-64.

ressonância magnética⁴⁴, a detecção de pontos de mudança na fase pré-clínica⁴⁵ e a progressão do acúmulo das proteínas tau e beta-amiloide⁴⁶. Ressalte-se que a história natural da doença pode iniciar-se entre quinze e vinte anos antes do diagnóstico clínico, sendo os tratamentos atualmente disponíveis predominantemente sintomáticos.

Esses elementos demonstram que a demência do tipo Alzheimer não constitui fenômeno homogêneo nem estático. Trata-se de condição progressiva, marcada por variabilidade interindividual relevante, preservação seletiva de determinadas funções e diferenças significativas no ritmo de deterioração. Nem todo esquecimento é patológico, e o envelhecimento normal da cognição envolve lentidão global e lapsos ocasionais que não comprometem a estrutura fundamental da memória. A distinção entre esquecimentos cotidianos e déficits demenciais envolve critérios de repetição, incapacidade de retenção imediata e prejuízo funcional significativo.

É nesse contexto que emerge o problema jurídico central. O sistema processual tende a operar com categorias rígidas, distinguindo entre capacidade e incapacidade, confiabilidade e não confiabilidade, aptidão e inaptidão para o testemunho. Contudo, a demência do tipo Alzheimer constitui condição graduada, e não categórica. A admissão ou a exclusão do testemunho com base em presunção global de incapacidade ignora a natureza progressiva da doença, a heterogeneidade de suas fases e a possibilidade de preservação parcial de competências cognitivas relevantes para a narrativa de fatos específicos.

Ao converter uma variável clínica contínua – o grau de comprometimento cognitivo – em decisão processual categórica, corre-se o risco de aplicar critério excludente absoluto a fenômeno que exige avaliação contextualizada. Em fases leves, a capacidade narrativa pode permanecer funcional; memórias remotas podem manter-se estáveis mesmo diante de prejuízo da memória recente; o desempenho cognitivo pode apresentar flutuações; e estratégias compensatórias podem ser mobilizadas. A desconsideração automática do testemunho fundada apenas no diagnóstico da doença implica, assim, simplificação epistemicamente problemática.

O problema, portanto, não é apenas médico, mas lógico e jurídico. A aplicação de decisões binárias a uma condição clinicamente graduada pode conduzir à descredibilização indevida do sujeito enquanto fonte de conhecimento. É nesse ponto que se impõe análise mais cuidadosa acerca das condições sob as quais o testemunho da pessoa com demência do tipo Alzheimer pode, com os devidos cuidados metodológicos e probatórios, contribuir para a formação do convencimento judicial.

44 BALESTRIERI et al., 2020; MORIMOTO, 2020.

45 YOUNES et al., 2019.

46 BUSCHE; HYMAN, et al., 2020.

3.2 MEMÓRIA E TESTEMUNHO: O QUE EXATAMENTE SE DETERIORA?

Para avaliar o valor epistêmico do testemunho da pessoa com demência do tipo Alzheimer, é necessário esclarecer previamente o que se entende por memória e, sobretudo, o que efetivamente se deteriora ao longo da progressão da doença. A noção jurídica de memória costuma ser tratada de modo unitário, como se se tratasse de uma faculdade homogênea que ou está presente ou ausente. Contudo, tanto a neuropsicologia quanto a fenomenologia indicam que a memória é estruturalmente complexa, heterogênea e estratificada.

Nas fases iniciais da demência do tipo Alzheimer, o comprometimento mais evidente recai sobre a memória episódica recente. Trata-se da capacidade de registrar, armazenar e recuperar eventos vividos em passado próximo. O indivíduo passa a apresentar dificuldade em reter novas informações, repetindo perguntas, esquecendo compromissos recém-mencionados ou não conseguindo consolidar acontecimentos ocorridos no dia anterior. Esse prejuízo está diretamente relacionado à degeneração do hipocampo e das estruturas temporais mediais, responsáveis pela consolidação de novas memórias.

Entretanto, a deterioração da memória recente não implica necessariamente perda imediata da memória remota. Recordações da infância, da juventude ou de períodos mais antigos da vida frequentemente permanecem relativamente preservadas mesmo em estágios avançados da doença. Essa dissociação sugere que a memória não constitui um bloco unitário, mas um conjunto de camadas temporais diferenciadas. Do ponto de vista fenomenológico, pode-se aproximar essa persistência da memória remota da noção husserliana⁴⁷ de retenção e da ideia merleau-pontyana⁴⁸ de sedimentação ou memória corporal⁴⁹. Experiências repetidas ao longo da vida não permanecem apenas como representações mentais armazenadas, mas como camadas sedimentadas da própria existência corporal.

Essa permanência da memória remota pode produzir fenômenos existenciais marcantes. Há relatos clínicos de pessoas com Alzheimer avançado que, ao se observarem no espelho, não se reconhecem como a figura envelhecida refletida, reagindo como se estivessem diante de um estranho. Ainda que tais reações variem de caso para caso e não possam ser generalizadas de forma absoluta, elas ilustram uma possível dissociação entre a imagem corporal atual e a autoimagem sedimentada em memória remota. O sujeito pode conservar uma forma de autoidentificação ancorada em uma fase pretérita da vida, enquanto sua aparência atual já não corresponde a essa sedimentação temporal. O fe-

47 HUSSERL, 2017.

48 MERLEAU-PONTY, 2018.

49 CASEY, 2000, p. 147.

nômeno não indica simples ausência de memória, mas reconfiguração do eixo temporal da identidade.

Além da memória episódica – compreendida como recordação de eventos situados no tempo⁵⁰ – e da memória remota, é relevante considerar a dimensão dos hábitos incorporados. Na literatura neuropsicológica e filosófica, costuma-se denominar memória procedimental a capacidade de “lembrar como” ou “saber” executar habilidades e rotinas aprendidas, como utilizar talheres, subir escadas, vestir-se ou realizar movimentos coordenados.⁵¹ Essa forma de memória tende a permanecer preservada por período mais prolongado, mesmo quando a memória declarativa já se encontra significativamente comprometida. Em termos fenomenológicos, essa preservação pode ser compreendida como expressão da sedimentação corporal descrita por Merleau-Ponty⁵²: o corpo incorpora esquemas de ação que não dependem de deliberação reflexiva nem de evocação representacional consciente.

O corpo age antes de representar. Ele não precisa formular proposicionalmente “quero comer” para levar o garfo à boca. Não necessita elaborar juízo explícito para parar diante de um sinal fechado ao perceber a aproximação de veículos. Esses esquemas práticos não são operações cognitivas discursivas, mas modos incorporados de estar-no-mundo. Mesmo quando a linguagem se fragiliza e a capacidade narrativa diminui, determinados padrões motores e reações situacionais permanecem funcionais. Isso indica que a memória não se reduz a um arquivo representacional de conteúdos, mas inclui uma dimensão corporal pré-reflexiva.

Há ainda uma dimensão afetiva da memória, frequentemente preservada de maneira significativa.⁵³ Pessoas com Alzheimer podem não reconhecer nomes ou datas, mas reagem emocionalmente a músicas, vozes, gestos ou ambientes familiares. O vínculo afetivo não desaparece necessariamente na mesma velocidade que a memória factual. Essa dissociação sugere que a memória afetiva constitui camada distinta da memória episódica declarativa. A experiência vivida deixa marcas que não se traduzem apenas em narrativas cronológicas, mas em tonalidades afetivas incorporadas.

Essas distinções permitem questionar a compreensão linear e diacrônica da memória frequentemente pressuposta em ambiente jurídico. A ideia de que o sujeito se constitui como narrativa contínua ao longo do tempo foi criticada por autores como Galen Strawson⁵⁴, que argumenta contra a universalização do modelo narrativo da identidade pessoal. A memória não se organiza ne-

50 ROWLANDS, 2017, p. 36, 41–44.

51 ROWLANDS, 2017, p. 32.

52 MERLEAU-PONTY, 2018.

53 BARBOSA-FOHRMANN, 2023.

54 STRAWSON, 2004.

cessariamente como sequência autobiográfica coerente. Como já dito ainda na introdução, mesmo em indivíduos sem comprometimento cognitivo, há lacunas, reconstruções e reinterpretções constantes. A demência, nesse contexto, não cria do nada a falibilidade da memória; ela intensifica fragilidades que já são estruturalmente constitutivas da experiência humana.

Do ponto de vista probatório, o problema não é simplesmente que “a memória se perde”, mas que diferentes dimensões da memória se deterioram de maneira desigual. A perda predominante da memória recente não implica inexistência de memória remota; o comprometimento da narrativa verbal não implica inexistência de hábitos incorporados; a fragilidade declarativa não implica ausência de resposta afetiva. O testemunho de uma pessoa com Alzheimer pode apresentar limitações quanto à precisão cronológica ou à retenção de detalhes recentes, mas isso não autoriza inferir automaticamente inexistência de qualquer valor epistêmico.

A pergunta juridicamente relevante deixa, então, de ser se a pessoa “tem memória” ou “não tem memória”, passando a ser quais dimensões da memória estão preservadas, em que grau e para quais tipos de fatos. A estrutura estratificada da memória impede uma abordagem binária. Se a deterioração é parcial e diferencial, a avaliação probatória também deve ser contextual e graduada.

Essa análise prepara o terreno para a discussão subsequente sobre o raciocínio judicial e seus padrões de justificação. Antes de decidir pela exclusão ou descredibilização imediata do testemunho, é necessário reconhecer que a memória humana – mesmo em sua forma não patológica – já é falível, reconstruída e situada. A demência do tipo Alzheimer não elimina toda possibilidade de confiabilidade; ela exige uma análise mais refinada das condições sob as quais o testemunho pode contribuir para a formação racional do convencimento judicial.

3.3 O CORPO COMO EIXO DE CONTINUIDADE COGNITIVA

Se a memória não é homogênea e se suas diferentes dimensões se deterioram de maneira desigual ao longo da progressão da demência do tipo Alzheimer, impõe-se uma questão adicional: o que sustenta a continuidade do sujeito quando a narrativa autobiográfica se fragiliza? A tradição moderna tende a identificar a identidade pessoal à capacidade de organizar experiências em uma sequência temporal coerente.⁵⁵ Contudo, essa identificação entre continuidade e narratividade⁵⁶ é problemática mesmo em indivíduos sem comprometimento cognitivo. No contexto da demência, ela se revela particularmente insuficiente.

A fenomenologia oferece aqui um deslocamento decisivo. Em Merleau-Ponty⁵⁷, o corpo não é objeto entre objetos, mas condição de possibilidade do

55 LOCKE, 1975; PARFIT, 1983, p. 17.

56 SCHECHTMAN, 1996.

57 MERLEAU-PONTY, 2018.

aparecer do mundo. Ele não apenas executa ações; ele estrutura o campo de sentido no qual essas ações se tornam possíveis. A noção de esquema corporal indica precisamente essa dimensão pré-reflexiva de organização do espaço, da orientação e da ação.⁵⁸ Mesmo quando a memória episódica recente falha e a capacidade de narrar se encontra diminuída, o sujeito pode conservar esquemas práticos que lhe permitem reconhecer situações e orientar-se contextualmente.

Essa preservação, ainda que decorrente de uma memória parcialmente comprometida, não deve ser confundida com integridade cognitiva plena, mas tampouco pode ser reduzida a mero automatismo corporal do modelo mecanicista, tal como sugerido por concepções dualistas clássicas, nas quais o corpo opera como máquina.

Ao contrário, trata-se de uma forma de continuidade incorporada. O corpo conserva modos de estar-no-mundo sedimentados ao longo da vida. Reconhecer uma sala de audiências, reagir à presença de uma autoridade, ajustar a postura diante de uma pergunta ou manifestar desconforto diante de uma insinuação não são apenas operações discursivas; são também respostas situadas, guiadas por esquemas corporais e afetivos que estruturam a experiência.

Essa dimensão abre espaço para compreender o testemunho não apenas como narrativa linear de fatos passados, mas como manifestação situada de um sujeito ainda capaz de responder ao contexto. O testemunho pode assumir forma fragmentária, exigir mediação ou apoio, demandar perguntas mais claras e menos sugestivas. Pode requerer reconstrução assistida, com auxílio de referências espaciais, temporais ou afetivas. Ainda assim, isso não significa ausência de contribuição epistêmica. Significa apenas que a produção da prova deve reconhecer a estrutura estratificada da memória e a continuidade incorporada do sujeito.

A continuidade cognitiva, portanto, não se esgota na coerência narrativa. Mesmo quando o fio autobiográfico se rompe parcialmente, o corpo pode continuar a operar como eixo mínimo de orientação e reconhecimento. Essa constatação tem implicações diretas para o raciocínio jurídico: a avaliação do testemunho da pessoa com demência não pode fundar-se exclusivamente na fluidez discursiva ou na precisão cronológica. Deve considerar também a competência situacional preservada, a consistência afetiva das respostas e a possibilidade de integração dessas manifestações ao conjunto probatório.

O erro da abordagem binária – admitir ou excluir o testemunho com base em um juízo categórico de capacidade ou incapacidade – torna-se, assim, evidente. Se a deterioração é gradual e diferencial, a continuidade também o é. O sujeito não desaparece quando a narrativa enfraquece. Ele persiste, ainda que sob outras formas de manifestação. É precisamente nessa zona intermediária

58 MERLEAU-PONTY, 2018, p. 143-145; BARBOSA-FOHRMANN, 2023, p. 75-77.

que se situa o desafio jurídico: não negar a fragilidade, mas também não absolutizá-la.

3.4 QUANDO O TESTEMUNHO SE TORNA REALMENTE PROBLEMÁTICO?

Se a análise anterior demonstrou que a memória é estratificada e que sua deterioração ocorre de modo desigual ao longo da progressão da demência do tipo Alzheimer, impõe-se agora enfrentar a questão inversa: há situações em que o testemunho se torna efetivamente problemático? A resposta é afirmativa – mas exige precisão.

Em estágios avançados da doença, podem surgir quadros de desorientação espaço-temporal severa, confusão persistente e episódios recorrentes de confabulação. A confabulação, nesse contexto, não deve ser compreendida como mentira deliberada, mas como preenchimento involuntário de lacunas mnêmicas. Diante da dificuldade de recuperar determinados eventos, o sujeito pode reconstruir narrativamente a experiência de modo parcialmente imaginativo, acreditando na veracidade do que relata. Trata-se de fenômeno distinto tanto da mentira consciente quanto do delírio psicótico estruturado.

Também podem ocorrer ideias delirantes, frequentemente relacionadas a interpretações equivocadas do ambiente imediato – suspeitas infundadas, identificações errôneas de pessoas ou situações, percepções distorcidas do contexto. Na demência do tipo Alzheimer, tais manifestações decorrem predominantemente de processos neurodegenerativos e de falhas de integração mnêmica, e não necessariamente de um quadro psiquiátrico primário. Ainda assim, quando esses fenômenos se tornam predominantes e persistentes, a confiabilidade do testemunho pode ficar significativamente comprometida.

O ponto decisivo, contudo, é que tais condições não se apresentam de modo uniforme nem automático. A progressão da doença é heterogênea, variando entre indivíduos e mesmo ao longo do tempo no mesmo indivíduo. Há oscilações cognitivas, momentos de maior lucidez e momentos de maior confusão. A existência de um diagnóstico de Alzheimer, por si só, não autoriza concluir pela incapacidade global de testemunhar. A dificuldade emerge quando a desorganização cognitiva atinge grau tal que o sujeito perde de modo consistente a capacidade de situar-se minimamente no tempo, no espaço e na relação com os fatos narrados.

Mesmo em estágios avançados, podem coexistir preservações parciais – especialmente no plano afetivo ou procedimental – ao lado de prejuízos declarativos severos. Essa coexistência não elimina os riscos, mas reforça a necessidade de avaliação contextualizada. O problema jurídico não é a existência de limitação, mas a generalização indevida dessa limitação para todos os aspectos da experiência do sujeito.

Por isso, o critério não deveria ser categórico. A pergunta relevante não é simplesmente se a pessoa “tem” ou “não tem” capacidade de testemunhar, mas em que medida, sob quais condições e a respeito de quais fatos específicos seu relato pode contribuir para a formação racional do convencimento judicial. A avaliação exige exame pericial individualizado, análise do estágio da doença, consideração do tipo de informação solicitada e integração do testemunho ao conjunto probatório.

O erro da abordagem binária torna-se evidente: admitir ou excluir o testemunho com base apenas na presença do diagnóstico ignora a natureza graduada da deterioração cognitiva. Se a progressão da demência é diferencial e heterogênea, também deve sê-lo a avaliação probatória. Há, sim, circunstâncias em que o testemunho se revela altamente problemático – especialmente quando delírios persistentes, desorientação grave e confabulação frequente comprometem de maneira estrutural a distinção entre experiência vivida e reconstrução imaginativa. Nesses casos, a cautela deve ser máxima.

Entretanto, reconhecer esses limites não implica adotar uma presunção automática de descredibilização. A demência não anula necessariamente toda possibilidade de contribuição epistêmica; ela impõe maior exigência metodológica ao sistema de justiça. O desafio jurídico consiste em evitar tanto a credulidade ingênua quanto a exclusão preconceituosa, situando a avaliação do testemunho na zona intermediária entre a fragilidade e a persistência do sujeito.

4. A COMPATIBILIDADE DO RACIOCÍNIO PROBATÓRIO COM UM DESENHO INSTITUCIONAL INCLUSIVISTA A RESPEITO DO TESTEMUNHO DA PESSOA COM ALZHEIMER

A exposição de motivos que explicitam a inadequação de um tratamento categórico com respeito ao Alzheimer não elimina uma inevitável tensão com o momento de admissão das provas. Afinal, se é apropriado afirmar que um tratamento binário relativo à confiabilidade do testemunho não é devido nestes cenários, também o é reconhecer que, ainda assim, o testemunho em questão terá de passar por um filtro de natureza categórica. O momento de admissão das provas não admite gradações: ou uma prova é admitida ou não é admitida.

A tensão entre a confiabilidade, que é um juízo de grau, e a admissibilidade, que é um juízo categórico, não é um desafio novo no direito probatório. No geral, entende-se que uma das consequências disso é a necessidade de refletir, em relação a cada prova, se há o alcance de parâmetros mínimos de confiabilidade a ponto de se admitir que aquele elemento integre o conjunto probatório a ser valorado pelo julgador.

Com as prévias considerações, esperamos ter demonstrado que esses parâmetros mínimos podem estar adequadamente supridos em contextos em que

se conta com indivíduos com Alzheimer. Nessa linha, é inadequado presumir que o testemunho de alguém nessa condição seja necessariamente inadmissível.

Mas existem razões adicionais, relacionadas a características do próprio raciocínio probatório, que robustecem nossa defesa de uma reconsideração do testemunho de alguém acometido por Alzheimer. A primeira delas está relacionada à necessidade de deferência a razões outras que não são epistêmicas, mas importam em um processo judicial; a segunda se refere à natureza probabilística do raciocínio probatório; a terceira trata da importância de uma perspectiva holística em cenário de decisão sobre fatos. Exploramos essas três razões a seguir.

A resistência à admissão do testemunho da pessoa com Alzheimer é embasada, dentre outros fatores, na impossibilidade de o testemunho daí proveniente fornecer certezas. Se não se pode contar com uma fonte de informações infalível, então a prova é logicamente algo impassível de aceitação. Esse raciocínio é inapropriado por razões que também já exploramos. A falibilidade do testemunho *em geral* é um fenômeno inegável. E se há algo que restou fortemente comprovado nas últimas décadas é que a mais confiante e mentalmente saudável das testemunhas não deve ser excessivamente credibilizada, porque a memória que lhe serve de fonte é sujeita a erros.

Mas, além disso, adentrando na primeira razão adicional, o próprio raciocínio judicial em matéria de fatos é um tipo de raciocínio que assume um compromisso com a verdade apenas em sentido limitado. Isso porque o compromisso de natureza epistêmica está emparelhado com outros de natureza normativa e interpretativa.⁵⁹ Nesse caminhar, tornando-se indevida uma postura de rejeição automática dessa prova por suposta imprestabilidade epistêmica, quando presentes razões outras – por exemplo, incorporadas em normas como a referente à dignidade humana – que recomendam sua admissão. A busca pela mais apropriada aproximação aos fatos é apenas um valor dentre muitos.

O Direito, afinal, é um empreendimento em que a aproximação com a verdade assume um papel muito mais instrumental e limitado. O compromisso epistêmico é um dentro de um contexto maior em que, na realidade, o objetivo central é **de natureza prática, não teórica, porque se deseja** resolver uma disputa. Nesse sentido, trata-se a verdade mais como um meio do que um fim.⁶⁰

Mas não é somente a necessidade de consideração de compromissos outros, para além do epistêmico, que impõe a necessidade de reconsiderar o Alzheimer. Isso nos leva à **nossa segunda razão**: o próprio raciocínio judicial em matéria de fatos é frequentemente descrito pelos teóricos da prova contemporâneos como um raciocínio alinhado a um realismo crítico, que reconhece as limitações de aproximação com a realidade.⁶¹

59 MATIDA; HERDY, 2019, p. 152.

60 HAACK, 2015a, p. 187-188.

61 A percepção de que expressiva quantidade de teóricos da prova contemporâneos está alinhada

Na filosofia da prova, não se sustenta a pretensão de que seja possível alcançar uma compreensão completa dos fatos. Isso, contudo, não implica a adoção de uma postura relativista. Como observa Haack⁶², o relativismo epistêmico incorre no erro de confundir a falibilidade de nossas avaliações da evidência com a ideia de que o conhecimento seja meramente relativo. O caráter perspectivo incide, na verdade, sobre os juízos acerca da evidência, e não sobre o conhecimento enquanto tal. Ao mesmo tempo, rejeita-se o extremo oposto ao relativismo, isto é, a crença de que se possa alcançar certezas. O que se busca, no âmbito da prova, é a formulação de hipóteses mais plausíveis ou mais bem justificadas, e não a obtenção de verdades indubitáveis.

Não à toa, no direito probatório, frequentemente se resiste a uma aposta em probabilidade matemática como “espinha dorsal” do raciocínio, rejeitando-se a ideia de que uma hipótese fática possa ser derradeira e categoricamente estabelecida em termos numéricos.⁶³ Em contrapartida, argumenta-se que o raciocínio probatório possui natureza indutiva/lógica, sendo este o motivo pelo qual nele se trabalha com noções como *grau* de corroboração da hipótese sobre os fatos.⁶⁴

A aderência a um realismo crítico viabiliza a percepção de que o raciocínio judicial sobre os fatos não deve rejeitar evidências passíveis de falhas em virtude do risco de “contaminar” as chances de alcance de certezas. Isso porque o próprio raciocínio é reconhecido como falível e, por isso, impassível de alcançar a totalidade da realidade.

Assim, o testemunho da pessoa com Alzheimer deve ser reconsiderado, primeiro, porque, embora epistemicamente falível, insere-se em um contexto em que não apenas razões epistêmicas prevalecem. Em segundo lugar, porque tampouco essas razões epistêmicas, mesmo quando centrais, alinham-se à percepção de que se pode alcançar toda realidade – motivo pelo qual poder-se-iam rejeitar evidências passíveis de conduzir a erros. O raciocínio se identifica como falível, de maneira que não pode aderir à crença de que existe evidência perfeita e só ela merece admissão, caso se espere chegar à realidade dos fatos.

Sobre a terceira razão adicional, pode-se mencionar o potencial contributivo do testemunho da pessoa com Alzheimer quando se considera que este não precisa – nem entendemos que deve – ser avaliado de maneira atomística.⁶⁵ O argumento de cunho epistemológico ao qual nos alinhamos ao afirmar isso é:

a esse realismo crítico não é apenas nossa, mas também, por exemplo, de ACCATINO, 2019.

62 HAACK, 1999, p. 36-37.

63 HAACK, 2013, p. 65-66.

64 TARUFFO, 2014, p. 32.

65 Sobre o problema do atomismo no importante precedente Daubert, ver HAACK, 2015b, p. 319-s.

“sob certas condições, um acúmulo de provas justifica a conclusão em grau mais elevado do que qualquer dos seus componentes poderia fazer isoladamente”⁶⁶.

Logo, intentamos pontuar que, com uma proposta holística de justificação, não pretendemos recair na chamada “falácia do feixe”, que incide no erro de deduzir que se uma pilha de provas fracas for suficientemente grande, necessariamente passa-se a uma conclusão magicamente forte.⁶⁷

Susan Haack⁶⁸ oferece uma oportuna metáfora para esclarecer nosso real ponto. Segundo a autora, pode-se entender (e defender) que a justificação episêmica funciona como um jogo de palavras-cruzadas.

Haack explica que o grau de razoabilidade de um dos itens das palavras cruzadas depende não somente do quão bem ele se ajusta à pista dada para sua descoberta, mas também aos outros itens presentes, com os quais se intersecciona. Nesse mesmo sentido, em um processo judicial, a conclusão sobre os fatos dependeria não somente do quão sólida é uma hipótese em relação à prova que a sustenta como também quão adequadamente essa hipótese se ajusta às demais quando com elas interseccionada.⁶⁹

Nessa linha, seria oportuno reconhecer que combinar provas pode robustecer a solidez independente, da mesma maneira que, em um jogo de palavras cruzadas, um item pode fazer ainda mais sentido de estar ali encaixado quando se nota o quanto está adequado aos demais itens já presentes.⁷⁰ Por outro lado, o grau de justificação se enfraqueceria quando uma prova adicional se mostrasse negativa, justificando-se, tal como em um jogo de palavras cruzadas, reconsiderar a manutenção daquele item como parte da resposta.⁷¹

Ademais, em que pese o risco de que, no momento de valoração das provas, o julgador seja sujeito a uma combinação de provas que não preenche os parâmetros mínimos exigidos, disso não decorre que toda e qualquer combinação deixe de suficientemente corroborar sua hipótese sobre os fatos.⁷²

Entendemos que a metáfora de Haack viabiliza uma forma de, em última análise, defender a reconsideração do testemunho da pessoa com Alzheimer. De fato, nem todo testemunho de alguém nessas condições deve ser admitido. Afinal, como já apontamos, em estágios avançados da doença, podem se manifestar estados graves de desorientação, confusão contínua e episódios de confabulação. Nossa proposta não é de irracional admissão.

66 HAACK, 2015b, p. 282.

67 HAACK, 2015b, p. 289.

68 HAACK, 1999, 2015b.

69 HAACK, 2015b, p. 294.

70 HAACK, 2015b, p. 302.

71 HAACK, 2015b, p. 303.

72 HAACK, 2015b, p. 322.

Entretanto, não se deve desconsiderar que essa evidência, quando a testemunha se encontra em fases mais estáveis, pode ser de importante valor para uma decisão. Isso ocorre, na medida em que uma hipótese fundamentada no testemunho de pessoa com Alzheimer, assim como a fundada em uma pista de um jogo de palavras cruzadas, podem se fortalecer quando se considera não somente sua solidez isolada, mas também o quanto essa aumenta, ao se avaliar sua coerência em relação a todos os demais itens com os quais devem dialogar.

Uma das mais previsíveis objeções a essa nossa última razão em defesa do Alzheimer talvez seja a ideia de que uma abordagem holística, embora possível, não é a única viável em um processo judicial. Mas, além de não se confundir com uma defesa de acrítica admissão – que poderia recair na falácia do feixe – nossa defesa do holismo é condizente com o “*ethos* inclusivista”⁷³ comum do sistema de justiça brasileiro.

Existe uma tendência institucional à admissão de provas que não afrontem compromissos constitucionais e legais no Brasil, porque existe a propensão a crer que elas serão devidamente sopesadas no momento de valoração. Nesse sentido, não se manifesta incompatibilidade entre nossa defesa de um juízo de admissibilidade receptivo a provas tidas como fálveis como a proveniente da pessoa com Alzheimer e a cultura probatória brasileira – que é inclusivista em relação a provas no geral.

É nessa linha que defendemos uma reconsideração do valor e da potencialidade probatória da pessoa acometida por Alzheimer. Talvez o que realmente siga sendo uma barreira é o capacitismo e a falta de empenho institucional com respeito à apropriada consideração e extração desse tipo de prova. Mas dessa dificuldade não decorre sua imprestabilidade.

CONCLUSÃO

O testemunho da pessoa com demência do tipo Alzheimer é frequentemente tratado de forma indevida em contextos judiciais, com sua quase automática inadmissão. Mesmo quando esse elemento informativo é admitido, permanece alvo de déficit de credibilidade em cenários de valoração. Nessa linha, o capacitismo afeta negativamente o raciocínio probatório, configurando injustiças testemunhais e obscurecendo o significativo papel que pode ser desempenhado por testemunhas, ainda quando afetadas por Alzheimer.

Uma das razões centrais que mobilizamos para evidenciar a relevância do testemunho de alguém com Alzheimer é a natureza não categórica da doença. Diferentemente do que muitos deduzem, inclusive no Direito, o Alzheimer **não** é um fenômeno homogêneo e estático, de forma que uma pessoa a ele sujeita automaticamente deixa de preservar qualquer competência cognitiva. Ao con-

73 A expressão pertence a HERDY e DIAS, 2021.

trário, a doença é uma condição progressiva, com variabilidade interindividual relevante e diferentes fases, existindo aquelas em que a memória ainda se encontra em condições de contribuir, ainda que de forma limitada, para o conhecimento dos fatos.

Acentuamos também a compatibilidade de um olhar mais receptivo à pessoa com Alzheimer com características do raciocínio probatório judicial. Primeiro, porque o Direito não se compromete apenas com valores epistêmicos. Segundo, porque tal raciocínio se conforma com provas capazes de gerar hipóteses plausíveis e justificadas, não com a ilusão de que pode obter evidências indubitáveis. Terceiro, porque, embora, isoladamente considerado, o testemunho de alguém com Alzheimer possa ter pouca ressonância para a descoberta dos fatos, ele pode se fortalecer quando combinado com outros elementos probatórios, contribuindo para corroborar uma conclusão em grau mais elevado do que seria possível caso esse elemento de prova fosse excluído.

Em complemento aos vários esforços teóricos recentes que se direcionam à problematização da presunção de veracidade do afirmado pela testemunha em plena capacidade cognitiva, procuramos salientar, a título de preenchimento de lacuna, a importância de também problematizar uma presunção oposta, de inveracidade do afirmado por alguém acometido por doença cognitiva.

REFERÊNCIAS

ACCATINO, Daniela. Teoría de la prueba: ¿Somos todos “racionalistas” ahora? *Revus: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, n. 39, p. 85-102, 2019.

ALZHEIMER'S DISEASE INTERNATIONAL. *World Alzheimer Report 2015*. Londres: Alzheimer's Disease International, 2015. Disponível em: <https://www.alz.co.uk/research/WorldAlzheimerReport2015.pdf>. Acesso: 23 nov. 2025.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ALZHEIMER. *Evolução da Doença*. Disponível em: <https://abraz.org.br/sobre-alzheimer/>. Acesso: 5 jan. 2026.

BALESTRIERI, João Vitor Lois *et al.* Structural Volume of Hippocampus and Alzheimer's Disease. *Rev. Assoc. Med. Bras.* V. 66, n. 4, 2020, p. 512-515. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302020000400512&lng=en&nrm=iso. Acesso: 10 jan. 2026.

BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula. Alzheimer Precoce e Motricidade Intencional na Fenomenologia: Fragmentos de uma Narrativa. In: BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula *et al.* (Orgs.). *Deficiências e Fenomenologia*. Porto Alegre: Editora Fi, p. 8-41, 2022.

BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula. Do modelo médico ao modelo intermediário: uma reflexão teórico-prática sobre a inclusão de pessoas com deficiên-

cia. In: BARBOSA-Fohrmann, Ana Paula; VIVAS-TESÓN, Inmaculada (Orgs.). *Cruzando fronteiras: perspectivas transnacionais e interdisciplinares dos estudos de deficiência*. Porto Alegre, RS: Editora Fi, p. 23-43, 2020.

BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula. *Narrating Experiences of Alzheimer's Through the Arts: Phenomenological and Existentialist Descriptions of the Living Body*. Bielefeld: Transcript, 2023.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. *Acórdão do Recurso Ordinário no Processo 0011264-69.2014.5.01.0034*. Relator: Desembargador Angelo Galvão Zamorano. 2017. Disponível em: <https://bibliotecadigital.trt1.jus.br/jspui/bitstream/1001/877014/1/00112646920145010034-DOE RJ-15-03-2017.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2026.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região. *Acórdão do Recurso Ordinário no Processo 0000955-16.2021.5.20.0001*. Relator: Desembargador Thenisson Santana Dória. 2022. Disponível em: <https://www.trt20.jus.br/standalone/jurisprudencia.php?origem=P&codigo=7946541&id=7966931>. Acesso em: 17 mar. 2026.

BUSCHE, Marc A., HYMAN, Bradley T. Synergy between Amyloid- β and Tau in Alzheimer's Disease. *Nat Neurosci*. Vol. 23, 2020, p. 1183–1193. Disponível em: <https://doi.org/10.1038/s41593-020-0687-6>. Acesso: 12 jan. 2026.

CAMPBELL, Fiona Kumari. Refusing Able(ness): A Preliminary Conversation about Ableism. *M/C Journal*, [s. l.], v. 11, n. 3, p. 01-09, 2008.

CASEY, Edward S. *Remembering. A Phenomenological Study*. 2ª. ed. Bloomington-Indianapolis: Indiana University Press, 2000.

DAVIS, Deborah; LOFTUS, Elizabeth F. Os perigos da testemunha ocular para os inocentes: aprendendo com o passado e projetando para a era das mídias sociais. In: NOJIRI, Sérgio (org). *O direito e suas interfaces com a psicologia e a neurociência*. Curitiba: Appris, p. 315-363, 2019.

DE FALCO, Anna *et al.* Doença de Alzheimer: Hipóteses Etiológicas e Perspectivas de Tratamento. *Quím. Nova*, v. 39, n. 1, 2016, p. 63-80. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-40422016000100063&lng=en&nrm=iso. Acesso: 15 de dez. 2025.

DEGENER, Theresia. A Human Rights Model of Disability. In: BLANCK, Peter; FLYNN, Eilionóir (eds.). *Routledge Handbook of Disability Law and Human Rights*, 2017, p. 31-49.

FALLIS, Don. What is lying? *The Journal of Philosophy*, Hanover, v. 106, n.1, 29-56, jan. 2009. Disponível em: <https://www.ssrn.com/abstract=1601034>. Acesso em: 04. out. 2020.

FONSÊCA, Vitor. Acesso à justiça para pessoas com deficiência: direitos humanos e o modelo social de processo. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 68, n. 2, p. 37-60, maio/ago. 2023. ISSN 2236-7284.

FOUCAULT, Michel. *Os Anormais*: curso no Collège de France (1974-1975). 2ª ed. (Trad. Eduardo Brandão). São Paulo, SP: WMF Martins Fontes, 2010.

FRICKER, Miranda. *Epistemic Injustice*: Power and the Ethics of Knowing. Oxford: Oxford University Press, 2007.

GUEDES, Michael. A busca pela verdade nos processos trabalhistas em tempos de pandemia. *Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena*, Belo Horizonte, Vol. 26, N. 1-2, p. 01-11, 2021.

GUEDES, Michael. Além do problema da mentira: dois desafios para a justiça criminal sustentada em testemunho. *Revista Da Defensoria Pública Da União*, 20(20), p. 111-132, 2024.

HAACK, Susan. Una teoría fundaherentista de la justificación empírica. *Ágora*, v. 18, n. 1, p. 35-53, 1999.

HAACK, Susan. El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica. In: VÁZQUEZ, Carmen (Org.). *Estándares de prueba y prueba científica*: ensayos de epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, p. 65-98, 2013.

HAACK, Susan. Diferenças irreconciliáveis? O conturbado casamento entre ciência e direito. In: BRITTO, Adriano Naves; BARRETO, Vicente (Orgs.). *Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito*. Tradução de André de Godoy Vieira e Nélio Schneider. São Leopoldo, RS: Editora Unisinos, p. 172-201, 2015a.

HAACK, Susan. Provar a causa: o holismo da justificação e o atomismo de Daubert. In: BRITTO, Adriano Naves; BARRETO, Vicente (Orgs.). *Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito*. Tradução de André de Godoy Vieira e Nélio Schneider. São Leopoldo, RS: Editora Unisinos, p. 282-322, 2015b.

HERDY, Rachel; DIAS, Juliana. Devemos admitir provas de baixa fiabilidade epistêmica? *Revista Consultor Jurídico*, [S.L.], 2021.

HUSSERL, Edmund. *Lições para uma Fenomenologia da Consciência Interna do Tempo*. (Trad. Pedro Alves da Silva). Rio de Janeiro: Via Verita, 2017. [1905]

KARCH, Celeste M.; CRUCHAGA, Carlos; GOATE, Alison M. Alzheimer's Disease Genetics: from the Bench to the Clinic. *Neuron*, [S.1.]. V. 83, n. 1, p. 11-26, jul. 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.neuron.2014.05.041>. Acesso: 2 nov. 2025.

LOCKE, John. *An Essay Concerning Human Understanding*. Oxford: Clarendon Press, 1975 [1690].

MADEIRA, Mafalda João Soares. *Dificuldades na abordagem forense em indivíduos portadores de incapacidade intelectual alegadamente vítimas de abuso sexual*. Dissertação (Mestrado em Ciências Forenses) – Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, Portugal, 2015.

MATIDA, Janaina. Standards de prova: a modéstia necessária a juízes e o abandono da prova por convicção. In: *Arquivos da Resistência: ensaios e Anais do VII Seminário Nacional do IBADPP*, Florianópolis: Tirant lo Blanch, p. 93-110, 2019.

MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 73, jul./set., p. 133-155, 2019.

MERLEAU-PONTY, Maurice. *Fenomenologia da Percepção*. 5ª ed. (Trad. Carlos Alberto

Ribeiro de Moura). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018. [1945].

MORIMOTO, Nobutoshi Morimoto *et. al.* Magnetic Resonance Imaging Measurement of Hippocampal Volume Using Voxel-Based Morphometry Analysis in Early Alzheimer's Disease. *Neurology*. Vol. 94, Suplemento 5, 2020, p. 2611.

PARFIT, Derek. *Identidad Personal*. (Trad. Álvaro Rodríguez Tirado). Cuadernos de crítica. N. 25. Instituto de Investigaciones Filosóficas: Universidad Autónoma de México, 1983.

RAMOS, Vitor de Paula. *Prova Testemunhal: Do Subjetivismo ao Objetivismo. Do Isolamento Científico ao Diálogo com a Psicologia e a Epistemologia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

ROWLANDS, Mark. *Memory and the Self*. Phenomenology, Science and Autobiography. New York: Oxford University Press, 2017.

SCHECHTMAN, Marya. *The Constitution of Selves*. Ithaca, NY: Cornell University Press, 1996.

SHAKESPEARE, Tom. *Disability rights and wrongs revisited*. London: Routledge, 2014.

SOUZA, João Victor. Menino autista de 13 anos é vítima de estupro após criminoso esperá-lo na porta de casa em Maceió. *TNH1*, 16 set. 2025. Disponível em: <https://www.tnh1.com.br/noticia/nid/menino-autista-de-13-anos-e-vitima-de-estupro-apos-criminoso-espera-lo-na-porta-de-casa-em-maceio/>. Acesso em: 17 mar. 2026.

STEIN, Lilian M. (Org). *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010.

STRAWSON, Galen. Against Narrativity. *Ratio*, Oxford, v. 17, n. 4, p. 428-452, dez. 2004.

SUBIN, Lee *et al.* Magnetic Resonance Imaging Texture Predicts Progression to Dementia due to Alzheimer Disease earlier than Hippocampal Volume. *Journal of Psychiatry & Neuroscience*. Vol. 45, n. 1, 2020, p. 7-14. Disponível em: doi:10.1503/jpn.180171. Acesso: 22 nov. 2020.

TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução de João Gabriel Couto. 1ª Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

WILLIAMS, Helen; JOBE, Alison. Criminal justice responses to learning disabled and neurodivergent victims of sexual violence in the UK. In: *Routledge Handbook of Disability, Crime and Justice*. Routledge, p. 01-20, 2025.

YOUNES Laurent *et. al.* Identifying Changepoints in Biomarkers during the Preclinical Phase of Alzheimer's Disease. *Front. Aging Neurosci.* Vol. 11, 2019, p. 74. Disponível em: doi: 10.3389/fnagi.2019.00074. Acesso: 05 de nov. 2022.

Recebido em: 24/03/2026

Aprovado em: 06/05/2026

RELATÓRIO FIGUEIREDO E GRUPOS KAINGANG DO SUL DO BRASIL: TUTELA ADMINISTRATIVA COMO UM DUPLO NÍVEL DE LEGALIDADE

THE FIGUEIREDO REPORT AND THE KAINGANG GROUPS OF SOUTHERN BRAZIL: ADMINISTRATIVE WARDSHIP AS A DUAL LEVEL OF LEGALITY

CARLOS HUMBERTO PROLA JUNIOR¹
CLARINDO EPAMINONDAS DE SA NETO²

RESUMO

A história de nossos povos originários é marcada por genocídio, escravidão, violência e expulsão de seus territórios, situação que vem desde o período colonial, ultrapassa o Império e é pouco alterada com a proclamação da República e mesmo com a criação do Serviço de Proteção ao Índio (SPI). O presente trabalho analisa o papel do extinto SPI nesse processo de dominação dos povos indígenas do Brasil, a partir das evidências que vieram à tona com a revelação do denominado Relatório Figueiredo, “desaparecido” por anos, mas publicizado em 2012, após ter sido encontrado no Museu do Índio. Busca demonstrar, com foco especial nos grupos Kaingang, que a tutela administrativa a que foram submetidos os indígenas configurava um regime disciplinar e punitivo, que atuou como um segundo nível de legalidade, semelhante à legislação penal de exceção, instrumentalizado para a dominação e extermínio – não apenas cultural, mas muitas vezes também físico – desses grupos.

PALAVRAS-CHAVE: História do direito. Legislação criminal de exceção. Duplo nível de legalidade. Povos indígenas. Relatório Figueiredo.

ABSTRACT

The history of indigenous peoples in Brazil is marked by genocide, slavery, violence and territorial dispossession – a reality that dates back to the colonial period, persisted through the Empire, and saw little change with the proclamation of the Republic or even the establishment of the Indian Protection Service (SPI). This paper analyzes the role of the now-defunct SPI in the subjugation of Brazil's Indigenous peoples, drawing on evidence brought to light by the “Figueiredo Report”. Though “missing” for decades, the report was publicized in 2012 after being rediscovered at the Museum of the Indian. Focusing specifically on the Kaingang groups, this study aims to demonstrate that the administrative wardship imposed on these peoples functioned as a disciplinary and punitive regime. This system operated as a secondary level of legality, related to exceptional criminal legislation, and was instrumentalized for the domination and extermination – not only cultural but often physical – of these groups.

KEYWORDS: History of law. Exceptional criminal legislation. Dual level of legality. Indigenous people. Figueiredo Report.

- 1 Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. E-mail: chprolajr@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-6927-6966>
- 2 Pós-Doutor em Justiça Relacional pela Universidad de Málaga. Doutor em Direito, Política e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito Internacional e Concretização de Direitos pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). E-mail: clarindoneto@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7687-6322>

1. INTRODUÇÃO

Os dados oficiais não deixam dúvidas quanto ao histórico de verdadeiro extermínio a que foram submetidos os povos indígenas em nosso país: de uma população estimada entre 2 e 5 milhões, com cerca de 1400 etnias e aproximadamente 1300 línguas faladas no ano de 15003, passamos a uma população de cerca de 900 mil indígenas e 305 diferentes povos no Brasil, com 274 línguas indígenas registradas e poucas etnias com uma população acima de 20 mil habitantes, conforme o Censo Demográfico de 20104.

Após o período colonial, marcado por genocídio, pacificação forçada, escravagismo e expulsão sucessiva desses grupos originários, a história no Brasil Império é de continuidade dessa dominação dos povos indígenas, mesmo que por formas mais amenas de coerção administrativa5.

Essa situação é pouco alterada com a proclamação da República, em 1889 – e mesmo com a criação do Serviço de Proteção ao Índio (SPI), em 1910 –, permanecendo os objetivos de extermínio ou assimilação desses povos originários6. Conforme afirma Beltrão7, “genocídio contra povos indígenas no Brasil é prática que vem da Colônia, ultrapassa o Império, e chega à República ‘naturalizada’”.

Sob a influência da filosofia positivista e de princípios evolucionistas, afirmava-se, já no período republicano, que as sociedades indígenas seriam exemplos de um estágio anterior e primitivo da evolução humana, que ocorreria sempre de forma linear. Constituiriam uma fase de transição que desapareceria na medida em que ocorresse sua incorporação, física e cultural, à sociedade nacional, mais desenvolvida. Os indígenas eram vistos como um fenômeno temporário, prestes a se extinguir. Contudo, enquanto estivessem a caminho dessa “incorporação”, deveriam ser “educados” pelo SPI. Incorporação e integração dos indígenas à sociedade nacional foi, portanto, o objetivo principal da política indigenista do período republicano até 19888.

O papel do extinto SPI nesse processo de dominação – e extermínio, físico e cultural – dos povos indígenas do Brasil veio claramente à tona com a revelação do denominado Relatório Figueiredo, “desaparecido” por anos, mas publicizado em 2012, após ter sido encontrado no Museu do Índio9. O documento10 – integrado por aproximadamente 7.000 páginas distribuídas em 30

3 KAYSER, 2010. p. 46-51.

4 IBGE, 2024.

5 KAYSER, 2010., p. 31.

6 PROLA JR, 2017, p. 401.

7 BELTRÃO, 2022. p. 10.

8 KAYSER, 2010, p. 160-165.

9 Atualmente, Museu Nacional dos Povos Indígenas, localizado no Rio de Janeiro.

10 BRASIL, 1968.

volumes¹¹ – é resultado de investigações da comissão de inquérito instaurada em 1967 pelo então ministro do interior, General Afonso Augusto de Albuquerque Lima, e dirigida pelo procurador do Departamento Nacional de Obras Contra as Secas (DNOCS), Jader de Figueiredo Correia, para apurar as denúncias de irregularidades cometidas por funcionários do SPI¹² e que relata diversos crimes e violações de direitos humanos sofridos por povos indígenas durante os anos da ditadura civil-militar iniciada em 1964¹³.

O presente artigo busca demonstrar que a tutela administrativa a que foram submetidos os indígenas, especialmente a partir da incapacidade relativa positivada no Código Civil de 1916, configurava um regime disciplinar e punitivo, que atuou como um segundo nível de legalidade, instrumentalizado para a dominação e o extermínio – não apenas cultural, mas muitas vezes também físico – desses povos originários.

A hipótese é que esse sistema tutelar operou, na esfera administrativa, de forma semelhante às leis excepcionais que, no âmbito do direito penal, especialmente em regimes autoritários, configuram um duplo nível de legalidade, resultado da centralidade e politicidade do penal e da eterna contradição entre ordem e liberdade: a coexistência da legalidade assegurada pela jurisdição com aquela outra, administrada pela polícia e por outras instâncias do aparato estatal¹⁴.

Na abordagem do problema de pesquisa foi empregado o método hipotético-dedutivo, adotando como técnica a pesquisa bibliográfica e documental. Na primeira parte do trabalho, é analisada a evolução histórica da política indigenista no país e a forma como operava o sistema tutelar estatal a que foram submetidos os povos originários, a fim de demonstrar a existência de um duplo nível de legalidade, segundo a conceituação de Mario Sbriccoli¹⁵. A seguir, a partir das evidências trazidas à tona pelo Relatório Figueiredo, com

11 O presente trabalho analisa o denominado “Relatório Síntese”, um dos documentos que compõem o Relatório Figueiredo, que apresenta, em 68 laudas, “uma espécie de resumo de conclusão dos trabalhos de apuração e no qual são elencadas todas as pessoas consideradas infratoras pela comissão e as ilegalidades que cada uma delas teria cometido” (BALEIXE, 2022, p. 55). Além disso, foram realizadas buscas e análises específicas, nos volumes 1 a 19 – documentos relativos à instauração do processo administrativo e evidências colhidas pela comissão de inquérito – e 21 a 30 – onde se encontram defesas apresentadas pelos investigados pelos abusos e violências contra indígenas –, visando principalmente identificar as evidências, colhidas durante a instrução do processo administrativo, das violências praticadas contra os povos indígenas, constantes do “Relatório Síntese”.

12 Investigação deflagrada a partir do resultado de apuração conduzida inicialmente por Comissão Parlamentar de Inquérito, conforme consta da parte introdutória do “Relatório Síntese”.

13 BELTRÃO, 2022, p. 11.

14 SBRICCOLI, 2011, p. 459-472.

15 SBRICCOLI, 2011, p. 459-472.

foco especial nos grupos Kaingang do sul do país¹⁶, pretende-se corroborar essa hipótese, demonstrando-se toda a gama de violências, penas e castigos a que os indígenas foram sistematicamente submetidos nesse regime de coerção administrativa, totalmente alheio aos preceitos que devem reger um Direito de matriz liberal-iluminista.

2. DOMINAÇÃO E ASSIMILAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS: TUTELA ADMINISTRATIVA E LEGISLAÇÃO DE EXCEÇÃO

Num primeiro momento, no período do Brasil Colônia, a assimilação e integração dos indígenas à sociedade nacional é objeto de um trabalho missionário agressivo, por meio da Companhia de Jesus, encarregada da evangelização e “civilização” dos “selvagens”, inclusive por meio de coação e violência, quando não houvesse desistência incondicional de seu modo de vida tradicional¹⁷.

As políticas assimilacionistas, agora como estratégia de Estado, têm início com a edição do Diretório dos Índios, em 1757, durante o reinado de D. José I e no âmbito de uma série de reformas na política administrativa do império, que promoveram a laicização do Estado monárquico português, conduzida pelo então ministro Sebastião José de Carvalho e Melo – o Marquês de Pombal –, do gabinete ministerial da Secretaria dos Negócios do Reino¹⁸.

O Diretório altera o regime anterior, do regulamento das aldeias, que estabelecia a organização dos aldeamentos indígenas sob a coordenação dos missionários religiosos em todo o território colonial, e passa a regulamentar a “liberdade dos índios”, estabelecendo um plano de civilização dos indígenas, “pautado em princípios laicos, como o trabalho, o aprendizado da língua portuguesa, a participação política e a miscigenação”¹⁹. Buscava, assim, estimular o casamento entre portugueses e mulheres indígenas, como estratégia política de povoamento e desenvolvimento do então Brasil Colônia, consolidando a ideia de integração à sociedade nacional e de “evolução” dos indígenas, com seu casamento com brancos²⁰.

Portanto, a “civilização” e a “catequese” dos indígenas continuaram sendo objetivos a serem alcançados pelo Estado brasileiro, embora com redução drástica, tanto da abrangência, como do êxito da atividade missionária²¹.

16 Os Kaingang constituem a etnia indígena mais populosa na região sul do país e também em Santa Catarina. Além disso, as evidências colhidas nos postos indígenas do sul do país, durante a apuração realizada pela comissão de inquérito, envolvem, principalmente, indígenas da etnia Kaingang.

17 KAYSER, 2010, p. 134.

18 CARVALHO, 2021, p. 455-472.

19 CARVALHO, 2021, p. 455-472.

20 LOUREIRO, 2010.

21 KAYSER, 2010, p. 146-150.

Nesse processo de dominação dos povos indígenas, e pela necessidade econômica de mão de obra intensiva para a administração dos latifúndios, a exploração do trabalho escravo indígena foi, de fato, praticada durante todo o período colonial e imperial do Brasil, vindo a ser proibida por lei, de modo irrestrito e permanente, somente em 1831²².

O período colonial do Brasil é marcado por sucessivas medidas que ora libertam ora escravizam os indígenas²³. Em 1574, por pressão dos colonos, foi editada uma norma que previa, como hipótese de aquisição permitida de escravos, a *autovenda voluntária* de um indígena maior de 21 anos a um fazendeiro²⁴. A transformação dos indígenas em escravos ocorria, assim, sob uma ordem legal que, formalmente, os considerava livres. Por meio do instituto denominado *administração particular*, os colonos assumiam o papel de administradores dos indígenas, considerados incapazes, exercendo controle pleno sobre a pessoa e sua propriedade, sem que isso caracterizasse escravidão²⁵.

Essa forma de escravizar os indígenas é apontada como o germe da tutela, positivada pela primeira vez no período imperial, em 1831, por lei que classificava os indígenas libertados como órfãos e os colocava sob a tutela dos Juizes de Órfãos, que passavam a administrar os bens de sua propriedade. Embora se afirme que o objetivo dessa norma pudesse ter sido o de proteger os indígenas, acabou resultando, no nível normativo, na incapacidade relativa positivada no Código Civil de 1916 e, no nível interpretativo, no seu infantilismo social²⁶.

Com a promulgação da República e a separação entre Estado e Igreja, contudo, ocorre a substituição da catequese incentivada pelo Estado pela proteção laico-estatal dos indígenas, institucionalizada com a criação do Serviço de Proteção aos Índios (SPI)²⁷, instituição estatal que executou a política indigenista brasileira no período de 1910 a 1967²⁸, criada pelo Governo brasileiro a partir da repercussão internacional da violência contra os indígenas – em especial, os massacres da atividade dos “bugreiros”, caçadores de índios²⁹.

Esse processo de extermínio – físico e identitário – dos povos indígenas seguiu na esteira da ocupação do interior do Brasil, com a expansão da sociedade nacional através das denominadas fronteiras extrativista, pastoril e agrícola do país³⁰.

22 KAYSER, 2010, p. 96-97.

23 GOMES DA SILVA, 2015. p. 36.

24 KAYSER, 2010, p. 106-107.

25 GOMES DA SILVA, 2015. p. 42.

26 GOMES DA SILVA, 2015, p. 42-43.

27 KAYSER, 2010, p. 152-160.

28 BELTRÃO, 2022, p. 11.

29 LISBOA, 2010. p. 61.

30 RIBEIRO, 1985. p. 21.

No século XIX, com o avanço da cultura do café – localizada inicialmente nas matas próximas ao Rio de Janeiro –, alcançando o vale do Paraíba e, depois, São Paulo, intensificam-se os contatos com os indígenas Kaingang³¹, que ocupavam as matas que se estendiam do vale do Tietê ao vale do Paranapinema, chegando até o Paraná³².

Em São Paulo, os conflitos com os “civilizados” se intensificaram com o avanço das ferrovias sobre os territórios Kaingang. No Sul, alguns grupos já haviam sido subjugados anteriormente por criadores de gado e sobreviviam nos capões de mata, desde os campos de Guarapuava, Ivaí e Palmas, até o Rio Grande do Sul³³.

Em Santa Catarina, os Kaingang foram expulsos no processo de ocupação do Oeste do Estado, para exploração de madeira das extensas florestas de araucárias então existentes, assentamento de colonos descendentes de europeus e, mais recentemente, implantação de lavouras de soja e milho³⁴.

A política oficial adotada pelo SPI na região, em relação aos territórios Kaingang, visava que seus postos se autofinanciassem, gerando renda através dos recursos existentes – erva-mate, pinhão, madeira – e arrendamentos de áreas para o plantio por agricultores não indígenas, o que levou a perdas irreparáveis para o povo Kaingang³⁵, com reflexos até os dias atuais, por exemplo, com a manutenção, pelas lideranças indígenas, da prática do arrendamento de extensas áreas de suas terras tradicionais para o plantio de soja transgênica de forma mecanizada, por produtores rurais não indígenas³⁶.

Embora o objetivo da criação do SPI não fosse estabelecer os indígenas em novas aldeias, nem de governar as tribos, mas sim permitir-lhes conservar seus usos, costumes e modos de vida, o órgão teve uma história cheia de vicissitudes³⁷. Mudanças administrativas frequentes, recorrentes dificuldades orçamentárias e falta de apoio do governo federal para fazer frente aos poderes locais, tornaram impossível, mesmo antes de 1964, que o SPI cumprisse suas principais funções. Sob o comando do Marechal Cândido Rondon, o órgão indigenista incorporou em sua atuação as ideias positivistas, com seus princípios evolucionistas e objetivos de integração dos indígenas à “civilização”³⁸.

31 Conforme Cid Fernandes e Piovezana, a etimologia da palavra “Kaingang” é “homem do mato” (CID FERNANDES; PIOVEZANA, 2015. p. 126).

32 RIBEIRO, 1985. p. 93-94.

33 RIBEIRO, 1985. p. 94-98.

34 PROLA JR, 2017, p. 20-21.

35 MONTEIRO, 2007. p. 24-25.

36 PROLA JR, 2017, p. 64-65.

37 KAYSER, 2010, p. 155-159.

38 KAYSER, 2010, p. 126-135.

A atuação do SPI, portanto, afastou-se bastante, em diversos momentos, de sua missão original de proteção dos povos indígenas. A análise do Relatório Figueiredo mostra que esse desvio na atuação do SPI – em especial, no período da ditadura civil-militar de 1964 – não ocorreu de forma esporádica e eventual, mas constituía uma forma de instrumentalização do aparato de tutela administrativa dos indígenas em prol dos objetivos políticos de extermínio e assimilação desses povos tradicionais, estabelecendo um sistema disciplinar, com a aplicação de severas punições aos indígenas, algumas delas atroz e que, em muitos casos, resultavam na morte de indígenas, configurando o que Sbriccoli³⁹ denomina um *duplo nível de legalidade*: aquela assegurada pela jurisdição e uma segunda, administrada pela polícia e outras instâncias administrativas.

Cumprе relembrar que o processo de codificação, que ocorre em toda Europa, coloca em primeiro plano a relação entre direito e política e estabelece a “centralidade da questão penal”. Cada novo avanço civilizatório da sociedade resultava também em transformações, muitas delas importantes, da ordem penal vigente. Os dilemas construídos pelos próprios juristas, que repousam sobre o conflito entre ordem e liberdade, atravessam assim todo o século XIX, opondo o bem político da segurança do Estado e da ordem da sociedade ao direito de cada pessoa usufruir da sua liberdade: a eterna dialética de prevenção e repressão⁴⁰.

Meccarelli⁴¹ identifica o duplo nível de legalidade como uma mudança paradigmática da modernidade, que coloca a exceção associada à emergência e a exclui do campo dos processos constitutivos da ordem jurídica. Uma perspectiva em que a dimensão política afirma o seu primado sobre a jurídica; onde a exceção exclui a possibilidade de espaços dialéticos na estruturação do ordenamento jurídico.

Tem-se, então, uma contraposição entre ordinário e emergência. A exceção torna-se um espaço de suspensão da ordem jurídica, em virtude da segurança do Estado, e o direito cede o passo à política, estabelecendo-se duas esferas de legalidade: aquela do Código, que absorve a função de tutela da pessoa contra a ingerência do Estado; aquela dos provimentos de emergência, que devolve uma função de defesa do Estado contra a pessoa⁴² – em especial, contra grupos marginalizados, vistos muitas vezes como um perigo ou problema a ser combatido.

Nunes e Sontag⁴³ também consideram que o desenvolvimento dos ordenamentos penais da modernidade liberal está marcado pelo duplo nível de legalidade, uma adaptação dos sistemas penais baseados em garantias de lega-

39 SBRICCOLI, 2011, p. 459-472.

40 SBRICCOLI, 2011, p. 459-472.

41 MECCARELLI, 2024.

42 MECCARELLI, 2024.

43 NUNES; SONTAG, 2020. p. 219.

lidade, como forma de responder a certas demandas por ordem e segurança, especialmente no âmbito da dissidência política.

Tal situação é identificada, por exemplo, no contexto da Itália unificada, onde o surgimento do Reino, sob a égide da emergência, provoca uma influência deletéria no sistema penal italiano, estabelecendo uma legislação de exceção que teria deixado traços permanentes por muito tempo, especialmente quanto aos institutos de polícia. O temor quanto à sobrevivência do Reino há pouco criado fazia com que se acreditasse que tal emergência poderia justificar o que estava sendo feito⁴⁴.

Estabeleceram-se, assim, dois níveis de legalidade, prevalecendo, nas questões de ordem pública e segurança política, critérios de conveniência e oportunidade, ditadas pelas exigências do Estado, impregnando esse traço no sistema penal italiano, quanto à relação entre ordem e legalidade. A respeito, Francesco Carrara afirma que “a política impõe sempre o silêncio ao criminalista”, pois acreditava-se que o importante é que as leis excepcionais, impostas por situações excepcionais, não violassem os “pilares positivos da razão punitiva”⁴⁵.

Posteriormente, a ameaça à ordem liberal, a partir de conflitos sociais decorrentes da revolução industrial, e o surgimento de novos atores políticos (sindicatos, partidos de massa), leva ao desenvolvimento de um direito penal de exceção nas décadas finais do século XIX. Ao lado da capacidade reativa, o Estado deveria estabelecer uma atividade preventiva em defesa da ordem constituída, em um segundo nível de legalidade⁴⁶.

Ainda na Itália, após o Código Penal Zanardelli, de 1889, eclode uma fase de forte turbulência política, que enseja o recurso a proclamações de estado de sítio e o surgimento de leis especiais, estabelecendo-se um duplo nível de legalidade, em especial, com a introdução de normas externas ao Código, permanentes ou temporárias: ampliando o catálogo dos tipos penais; antecipando a sanção penal em alguns deles; com medidas de prevenção, de contornos pouco definidos, para combater a periculosidade social; ou, ainda, com procedimentos especiais a cargo da justiça militar, ou então por medidas de polícia, subtraídas do controle jurisdicional⁴⁷.

Essa esfera de exceção se aprofunda e se amplia sob o fascismo, que tende a colocar o embate político no centro do problema penal. O Direito Penal é assim reduzido a arma do Estado contra seus inimigos. Os criminosos, vistos então como inimigos do Estado, são enquadrados numa gradação, que prevê a aniquilação dos opositores políticos – os inimigos por excelência –, a severa

44 SBRICCOLI, 2009, p. 459-472.

45 SBRICCOLI, 2009, p. 459-472.

46 MECCARELLI, 2024.

47 MECCARELLI, 2024.

punição dos criminosos comuns e o tratamento preventivo dos perigosos ou “anormais”⁴⁸.

No Brasil, conforme Nunes e Sontag⁴⁹, desde o império identifica-se a manifestação de um duplo nível de legalidade em leis, fora do Código de 1830, que previam sanções contra escravos que matassem, ferissem ou praticassem outras ofensas físicas contra seus senhores. Essa espécie de criminalidade era percebida como perigosa à ordem social e política. A escravidão, assim, era vista como um problema político em sentido amplo, uma emergência, portanto, a ser combatida por normas de exceção.

Após a promulgação do segundo código penal brasileiro, em 1890, o anarquismo torna-se uma ameaça ao regime liberal brasileiro, estabelecendo-se claramente nesse período um duplo nível de legalidade. Primeiro, dentro do próprio Direito Penal, com a tipificação de crimes políticos, tanto no Código de 1890 quanto na legislação especial. Depois, também em dispositivos “extrapenais”, relativos à expulsão de estrangeiros. Além disso, com o aprimoramento de medidas preventivas, a atividade policial também ganha mais poder, havendo a criação de departamentos especializados em ordem social e política⁵⁰.

Na década de 1930, forma-se no Brasil um sistema paralelo, uma legislação de exceção fora do Código Penal, para reprimir a dissidência política. Com a instituição do Tribunal de Segurança Nacional e sua transformação em uma corte permanente pelo regime do Estado Novo de Vargas, consolida-se um aparato paralelo e bem estruturado para combater os inimigos do Estado. Uma prática constante nesse período é o uso de instrumentos jurídico-administrativos, que eram mais flexíveis, para fins punitivos⁵¹.

Portanto, a legalidade na modernidade liberal se desenvolve num frágil equilíbrio, entre ordem/soberania e liberdade/garantias. Toda a civilização liberal orbita entre esses dois extremos: o princípio da legalidade penal e a fatal atração do poder pela lógica da exceção. Tem-se uma “justiça dos cavalheiros”, da estrita legalidade, para os sujeitos racionais, autônomos, proprietários; e, de outro lado, para as classes subalternas – mulheres, pobres, nativos das colônias, escravos [e indígenas, acrescenta-se] – uma intervenção disciplinadora, livre de muitos obstáculos formais e confiada à intervenção discricionária de órgãos de polícia⁵² e também de outras instâncias administrativas.

No caso dos povos indígenas, o regime tutelar, estabelecido pelo Código Civil de 1916 e concretizado na atuação do extinto SPI, também parece constituir mais uma manifestação de um duplo nível de legalidade, conforme se

48 SBRICCOLI, 2011, p. 459-472.

49 NUNES; SONTAG, 2020, p. 222.

50 NUNES; SONTAG, 2020, p. 220-221.

51 NUNES; SONTAG, 2020, p. 220-221.

52 COSTA, 2011, p. 33-86.

passa a demonstrar no tópico seguinte, a partir das evidências sobre o regime disciplinar e de violências a que foram submetidos os povos indígenas do país, em especial durante a ditadura civil-militar de 1964, e que vieram à tona com o denominado Relatório Figueiredo.

3. RELATÓRIO FIGUEIREDO: O REGIME TUTELAR E A ATUAÇÃO DO SPI COMO UM SEGUNDO NÍVEL DE LEGALIDADE

Segundo esclarece Marin⁵³, a criação do Serviço de Proteção ao Índio se dá a partir da repercussão internacional de denúncias de escravidão, massacres e extermínios de grupos indígenas do país e envolve um embate entre segmentos positivistas, que defendiam a criação de uma agência indigenista leiga, de âmbito nacional e que promovesse a civilização dos indígenas, e a Santa Sé, que lutava contra o laicismo e a secularização do Estado brasileiro republicano e insistia na participação das instituições religiosas (católicas), como ocorrera nos períodos colonial e imperial⁵⁴.

Ao final, prevalece a proposta positivista, sendo criado pelo Decreto nº 8.072/1910 o Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais, posteriormente renomeado, em 1918, para Serviço de Proteção aos Índios (SPI), tendo como primeiro diretor Cândido Mariano da Silva Rondon.

A política indigenista passa assim à responsabilidade do Estado, que desenvolve uma assistência leiga, sem participação das entidades religiosas, implementando uma nova estrutura administrativa baseada em postos indígenas e inspetorias, centrada em ideias positivistas na tutela dos indígenas e no predomínio da demarcação de territórios, aos quais os indígenas eram fixados e que deveriam se tornar produtivos⁵⁵.

Logo após, em 1916, o Código Civil consagra a incapacidade relativa dos indígenas no ordenamento jurídico estatal (art. 6º, III e parágrafo único), estabelecendo para eles um regime tutelar, previsto em lei e também em “regulamentos especiais”, que cessaria à medida que fossem se adaptando à “civilização do país”. O indigenismo do SPI, como política de Estado, visava justamente promover essa integração dos povos indígenas à civilização nacional, conforme positivado no Código.

Dentre esses “regulamentos especiais”, destaca-se aquele introduzido pelo próprio Decreto nº 8.072/1910, o qual estabelece que o SPI tem por fim “prestar assistência aos índios do Brasil, quer vivam aldeados, reunidos em tribus, em estado nomade ou promiscuamente com civilizados”. Prevê, então,

53 MARIN, 2021.

54 Havia ainda uma vertente que defendia uma política de extermínio, semelhante às executadas pelo governo estadunidense, para resolver suas questões com os povos indígenas (MACHADO, 2022, p. 197-233).

55 MARIN, 2021.

em seu art. 2º, que essa assistência, a ser prestada pelo SPI, envolveria uma série de ações visando a proteção dos indígenas, que vão desde garantir a posse de seus territórios e promover a punição dos crimes contra indígenas, até proceder a levantamentos estatísticos sobre esses povos originários⁵⁶.

Esse mesmo regulamento, contudo, apresenta diversos dispositivos que denotam claramente o regime tutelar/disciplinar a que estiveram submetidos os povos indígenas até ao menos a promulgação da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, prevê em seu art. 2º, como objetivos do SPI:

Art. 2º A assistência de que trata o art. 1º terá por objecto:

[...]

4º, fazer respeitar a organização interna das diversas tribus, sua independência, seus hábitos e instituições, não intervindo para alterá-los, senão com brandura e consultando sempre a vontade dos respectivos chefes;

[...]

9º, concorrer para que os inspectores se constituam procuradores dos indios, requerendo ou designando procuradores para representá-los perante as justiças do paiz e as autoridades locais;

[...]

10, ministrar-lhes os elementos ou noções que lhes sejam applicaveis, em relação as suas occupações ordinarias;

[...]

13, promover a mudança de certas tribus, quando for conveniente o de conformidade com os respectivos chefes;

[...]

14, fornecer aos indios instrumentos de musica que lhes sejam apropriados, ferramentas, instrumentos de lavoura, machinas para beneficiar os productos de suas culturas, os animais domesticos que lhes forem uteis e quaesquer recursos que lhes forem necessarios; introduzir em territorios indigenas a industria pecuaria, quando as condições locais o permitirem;

[...]

16, ministrar, sem caracter obrigatorio, instrucção primaria e profissional aos filhos de indios, consultando sempre a vontade dos paes;

Tais previsões mostram claramente o regime de tutela a que estavam sujeitos os povos indígenas, cujo objetivo final era integrá-los à sociedade nacional, tornando-os produtivos, segundo a perspectiva dessa sociedade, entendida como mais civilizada.

Essa tutela exercida por parte do SPI submetia os indígenas a um verdadeiro regime disciplinar, mesmo que o regulamento procurasse ocultar (ou abrandar) essa realidade, prevendo, por exemplo, que “a directoria (...) procurará, por meios brandos, attrahir os indios que viverem em estado nomade e prestará aos que se mantiverem em promiscuidade com civilizados a mesma assistência que lhe cabe dispensar aos mais indios” (art. 14) e, ainda, que “não será

56 Tais previsões são em geral reproduzidas no Decreto nº 9.214/1911, que “dá novo regulamento ao Serviço de Protecção aos Indios e Localização de Trabalhadores Nacionais”.

permittedo, sob pretexto algum, coagir os índios e seus filhos a qualquer ensino ou aprendizagem, devendo limitar-se a acção do inspector e de seus auxiliares a procurar convencer-los, por meios brandos, dessa necessidade”. As situações de grave violência a que foram submetidos os indígenas do país e narradas no Relatório Figueiredo denotam claramente a forma nem um pouco branda com que a coação estatal, via SPI, operou em relação a esses grupos.

Posteriormente, em 1928, foi editado o Decreto nº 5.484, que “regula a situação dos índios nascidos no territorio nacional”, estabelecendo uma classificação dos indígenas em quatro “categorias”, em que a última representaria o estágio mais “avançado”, no sentido da assimilação desses grupos pela sociedade nacional:

Art. 2º Para os effeitos da presente lei são classificados nas seguintes categorias os índios do Brasil:

1º, índios nomades;

2º, índios arranchados ou aldeados;

3º, índios pertencentes a povoações indígenas;

4º, índios pertencentes a centros agricolas ou que vivem promiscuamente com civilizados.

De forma semelhante, embora afirme emancipar todos os indígenas nascidos no território nacional da “tutela orfanológica”, estabelece, já em seu art. 5º, que “a capacidade, de facto, dos índios soffrerá as restricções prescriptas nesta lei, enquanto não se incorporarem elles á sociedade civilizada”. Da mesma forma, prevê em seu art. 6º:

Art. 6º Os índios de qualquer categoria não inteiramente adaptados ficam sob a tutela do Estado, que a exercerá segundo o gráo de adaptação de cada um, por intermedio dos inspectores do Serviço de Protecção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionaes, sendo facultado aos ditos inspectores requerer ou nomear procurador, para requerer em nome dos mesmos índios, perante as justiças e autoridades, praticando para o referido fim todos os actos permittidos em direito.

Além disso, apresenta um capítulo sobre “os crimes praticados por índios”, no qual estabelece:

Art. 28. São equiparados aos menores de que trata o art. 30 do Codigo Penal os índios nomades, os arranchados ou aldeados e os que tenham menos de cinco annos de estabelecimento em povoação indigena.

§ 1º O indio de qualquer das tres categorias acima, que tiver praticado qualquer infracção, cobrando com discernimento, será recolhido, mediante requisição do inspector competente, a colonias correccionaes, ou estabelecimentos industriaes disciplinares, pelo tempo que ao mesmo inspector parecer, comtanto que não exceda de cinco annos.

§ 2º Entende-se por estabelecido em povoação indigena aquelle que mora effectivamente nella, qualquer que seja a sua condição, descontando-se no

respectivo computo as interrupções que porventura se dêem com a volta temporaria do índio á selva.

Art. 29. Os índios que tiverem mais de cinco annos de residencia em povoação indigena, quando commetterem qualquer infracção prevista na legislação penal, commum, serão punidos com a metade sómente das penas nella instituidas.

Art. 30. As circumstancias aggravantes previstas nos artigos 39 e 41 do Codigo Penal não influem na applicação das penas dos índios da 1^a, 2^a e 3^a categorias do art. 2^o, desta lei.

Paragrapho unico. As circumstancias attenuantes do artigo 42 do dito Codigo influem para a diminuição das penas impostas aos índios das mencionadas categorias.

Art. 31. Os índios de que trata o art. 29 não poderão soffrer prisão celllular, a qual será substituida pela prisão disciplinar, por igual tempo, em estabelecimentos industriaes especiaes (Codigo Penal, art. 49).

Art. 32. Ficam desde logo sujeitos, como qualquer cidadão, ao regimen commum de direto, os índios que passarem para os centros agricolas, de que trata o decreto n. 9.214, de 15 de dezembro de 1911.

Esses dispositivos estabelecem os contornos do regime disciplinar e punitivo a que estavam submetidos os povos indígenas, a encargo do SPI, por intermédio principalmente do “inspector competente”, da respectiva inspetoria em que localizado o grupo ou aldeamento indígena, e cujos (enormes) abusos foram revelados pelo Relatório Figueiredo, conforme adiante descrito.

Esse objetivo do Estado brasileiro, de promover a integração dos povos indígenas à civilização nacional, é novamente reafirmado com a edição do Estatuto do Índio, já em 1973. Se de um lado essa norma afirma, em seu artigo 1^o, pretender regular a situação dos indígenas com “o propósito de preservar a sua cultura”, de forma paradoxal e no mesmo dispositivo, expressamente estabelece o objetivo de “integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional”.

Já o art. 50 dessa norma autorizava a continuidade da prática exercida pelo SPI na educação e instrução dos indígenas, que deveriam ser preparados para sua integração na sociedade nacional, “por meio de um processo de compreensão gradual dos problemas gerais e dos valores da sociedade, com o aproveitamento de suas capacidades individuais”⁵⁷.

A educação revelou-se, assim, “uma prática disciplinar que buscava a assimilação do indígena na cultura nacional, e tinha a aprendizagem da língua portuguesa como elemento fundamental do processo colonizador”. Uma educação instrumentalizada ao trabalho, em que a tutela exercida pelo SPI concebia o indígena como um futuro trabalhador rural, fazendo funcionar dispositivos disciplinares, como mecanismos de controle e poder. Esse processo ressocializa-

57 KAYSER, 2010, p. 164-165.

dor levado a cabo pela educação operava “uma dinâmica disciplinar para que o indígena se tornasse útil em um projeto nacionalista e desenvolvimentista”⁵⁸.

A pretensão do Estado – e das normas por ele positivadas desde antes do Código de 1916 – era fazer com que os povos indígenas deixassem de existir enquanto grupos étnicos diferenciados, passando a integrar a sociedade envolvente, não indígena, pensada a partir de pretensas homogeneidades e desprezando toda diversidade étnico-cultural do país, olvidando que eles, enquanto indígenas, já faziam parte da “comunhão nacional”⁵⁹.

Questiona-se, então, acerca da atuação do SPI, se “o tutor existe para proteger o indígena da sociedade envolvente ou para defender os interesses mais amplos da sociedade junto aos indígenas?”⁶⁰. A análise do denominado Relatório Figueiredo demonstra não apenas que a parte final é a resposta ao questionamento, mas também que, para atingir esse objetivo, estabeleceu-se um regime tutelar, disciplinar e punitivo, um efetivo segundo nível de legalidade, que submeteu os povos indígenas do país a toda uma série de atos de violência estatal, praticados à margem do princípio da legalidade e das garantias de um Direito Penal liberal.

Segundo Beltrão⁶¹, apesar de sua importância, esse documento ficou “desaparecido” por décadas, acreditando-se inclusive que teria sido queimado em incêndio criminoso ocorrido no Ministério da Agricultura, em junho de 1967. Contudo, os originais – ou uma “cópia” dessa documentação – foram “descobertos” em dezembro de 2012, por Marcelo Zelic, pesquisador e vice-presidente do grupo Tortura Nunca Mais de São Paulo e coordenador do projeto Armazém da Memória, em pesquisas realizadas nos arquivos do Museu do Índio, no Rio de Janeiro⁶².

Importante destacar, contudo, que o Relatório não registra somente inúmeros casos de agressão e terror contra os povos originários, mas também a inconformidade dos indígenas contra essa situação, rebelando-se contra ações arbitrárias do Estado, como ocorre até os dias atuais⁶³.

O denominado “Relatório Síntese”⁶⁴, assinado pelo presidente e demais integrantes da comissão de inquérito, discorre inicialmente sobre os fatos que ensejaram a constituição da referida comissão, destacando que a apuração realizada anteriormente pela Comissão Parlamentar de Inquérito, embora

58 SANT’ANNA; CASTRO; JACÓ-VILELA, 2018.

59 VITORELLI, 2015, p. 31.

60 MACHADO, 2022, p. 209.

61 BELTRÃO, 2022, p. 11-12.

62 Essas pesquisas eram decorrência das movimentações de equipes que estavam em campo em busca de material para atender à Comissão Nacional da Verdade sobre a temática indígena (ALVES-MELO, 2022, p. 39).

63 BELTRÃO, 2022, p. 13.

64 BRASIL, 1968, p. 395-462.

restrita ao período de 1962 e 1963 e a apenas três inspetorias, constatou “a geral corrupção e anarquia total imperantes no SPI em toda a sua área como, também, através dos tempos”. Afirma ainda que “a gama inteira de crimes ali se praticavam, ferindo as normas do Estatuto, do Código Penal e o Código Civil”. Passa então o Relatório a discorrer sobre os fatos apurados, “nas várias unidades da Sede e das cinco Inspetorias visitadas”⁶⁵, em que foram ouvidas “dezenas de testemunhas”.

De início, já afirma que “o índio, razão de ser do SPI, tornou-se vítima de verdadeiros celerados, que lhe impuseram um regime de escravidão e lhe negaram um mínimo de condições de vida compatível com a dignidade da pessoa humana”. Aponta casos de vendas de “crianças indefesas para servir aos instintos de indivíduos desumanos”; torturas contra crianças e adultos; monstruosos e lentos suplícios, “a título de ministrar justiça”.

O Relatório destaca que tais atrocidades eram justificadas por “sentenças de um capitão ou de uma polícia indígena”, que eram “constituídos e manobrados por funcionários” do SPI, denotando a aplicação de graves sanções e castigos diretamente na via administrativa e sem quaisquer das garantias asseguradas por um direito penal liberal. Essa atuação reiterada e sistemática de uma polícia indígena, controlada pelo SPI, no âmbito do Posto Indígena Xapecó, no oeste catarinense, é descrita por Brighenti⁶⁶.

Importante mencionar, ainda, que tais fatos guardam relação direta com a estrutura atual dos grupos Kaingang no Oeste de Santa Catarina, que incorporaram essas categorias do regime tutelar estatal e ainda hoje contam com a figura do “capitão”, que comanda uma espécie de “polícia do cacique”, responsável pela ordem interna do grupo, com papel importante também na aplicação de penas tradicionais⁶⁷.

Registra o Relatório, ainda, que “nem o sexo feminino fugiu de flagelar o índio” e que “muitas funcionári[a]s e esposas de Chefes tornaram-se tristemente famosas pelos maus tratos e pela desumanidade”, dando ordens para prática de atos “abjetos e humilhantes” contra indígenas.

Afirma que espancamentos, independentes de idade e sexo, eram rotineiros e somente chamavam a atenção quando ocasionavam morte ou invalidez, havendo alguns que “requintavam a perversidade, obrigando pessoas a castigar seus entes queridos”, fazendo “filho espancar mãe, irmão bater em irmã e, assim por diante”.

Descreve, também, a aplicação da pena do “tronco”, apontado como “o mais contraditório de todos os castigos” e que consistia na “trituração do

65 O Relatório menciona que, na época, o SPI abrangia cerca de 130 Postos Indígenas, em 18 unidades da Federação.

66 BRIGHENTI, 2012. p. 258 e 262.

67 PROLA JR, 2017, p. 154 e 22.

tornozelo da vítima, colocado entre duas estacas enterradas juntas em ângulo agudo”. Trata-se de castigo entendido atualmente como pena tradicional Kaingang⁶⁸ e que, segundo o Relatório, imperava na 7ª Inspetoria do SPI, com sede em Curitiba/PR e “jurisdição” sobre os Estados de Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul⁶⁹.

Ao longo dos volumes 1 a 19 do processo administrativo do Relatório Figueiredo, que reúne as evidências desses abusos e violências praticados contra indígenas por agentes do SPI, há diversas menções à punição do “tronco”, típico castigo disciplinar aplicado aos indígenas do sul do país.

Em um dos termos de inquirição constantes da documentação⁷⁰, um agente de proteção aos índios da 7ª Inspetoria Regional, em Curitiba/PR, relata “torturas e horrores praticados (...) contra as pessoas dos índios”, afirmando que, ao assumir o posto indígena, encontrou índios “aleijados” por torturas no “tronco”, o qual descreve como:

(...) aparelho utilizado ao tempo da escravatura do Brasil e revivido no SPI: (...) consiste em duas estacas enterradas em ângulo agudo no mesmo buraco, com vértice para baixo; que existe em cada uma delas um pequeno entalhe de altura correspondente; que a tortura consiste em colocar o tornozelo do índio entre as duas estacas a altura daqueles entalhes, insuficientes (...) para caber uma perna humana, e paulatinamente fechar o ângulo aproximando as duas pontas superiores das estacas com o auxílio de uma corda; que isso é um processo muito doloroso e se levado ao extremo poderá provocar a fratura do osso, como aconteceu no caso, muitas vezes; (...)

Essas punições atrozes aplicadas aos indígenas pelo SPI, por meio de torturas no “tronco”, são confirmadas em outros termos de inquirição colhidos pela comissão de inquérito⁷¹.

Porém, outras penalidades e castigos também eram aplicadas nesse regime disciplinar e punitivo a que estavam submetidos os indígenas no âmbito da tutela exercida pelo SPI. A comissão de inquérito colheu evidência de que diversos indígenas, homens e mulheres, eram afastados dos postos, “a título de castigo”, para trabalharem sem remuneração em fazendas vizinhas ou em residências de não-indígenas – por exemplo, na casa de desembargadores⁷².

A ocorrência de transferências para outros postos indígenas, daqueles que, por algum motivo, se manifestassem a favor de seu grupo e se rebelassem contra as determinações do chefe do posto – “índios rebeldes” ou “índios-pro-

68 PROLA JR, 2017, p. 171.

69 Art. 3º do Decreto nº 10.652, de 16 de Outubro de 1942, que “aprova o Regimento do Serviço de Proteção aos Índios, do Ministério da Agricultura”.

70 BRASIL, 1968, p. 37-41.

71 BRASIL, 1968, p. 14.

72 BRASIL, 1968, v. 08, p. 34, 35, 41, 43, 45 e 259, e v. 18, p. 17.

blema”⁷³ –, também era uma realidade presente no Posto Indígena Xapecó, sendo “uma das mais drásticas punições” aplicadas nesse regime tutelar estatal⁷⁴. Da mesma forma que a punição do tronco, a transferência também é vista atualmente pelos grupos Kaingang no oeste catarinense como uma pena tradicional⁷⁵.

Há ainda a menção a espancamento de indígenas⁷⁶, que depois chegavam a ser colocados “dentro de uma cisterna cheia de excrementos humanos, durante uma noite inteira”⁷⁷, tudo a título de castigos, infligidos por agentes do SPI.

Encontram-se também vários relatos – inclusive dos próprios agentes públicos responsáveis pelas violências e abusos – sobre indígenas mantidos em cárcere privado em cadeias, algo que parecia naturalizado no âmbito das inspetorias do SPI⁷⁸.

Contudo, chega-se a afirmar no Relatório Síntese que, em que pese tipificado como crime no Código Penal (cárcere privado), a prisão e os castigos de trabalho forçado “representavam a humanização das relações Índios-SPI”, pois “não se respeitava o indígena como pessoa humana, servindo homens e mulheres, como animais de carga, cujo trabalho deve reverter ao funcionário”.

O Relatório Síntese também destaca as condições ainda mais desumanas a que eram submetidas as mulheres indígenas: obrigadas ao “trabalho dos roçados” um dia após o parto e sem poder levar seus filhos recém-nascidos, e também a manter “conjunção carnal” com funcionários, algumas vezes “dentro da própria repartição”.

Nos elementos juntados pela comissão de inquérito verifica-se inclusive o relato sobre “verdadeiro genocídio” praticado contra a “tribo Pataxó”, contaminada pelo vírus da varíola, ficando a reserva indígena desabitada, “porque restou apenas uma meia dúzia de selvícolas (*sic*)”⁷⁹.

Chama a atenção, contudo, que, em suas defesas, os agentes do SPI acusados de abusos e violências contra os indígenas chegam a afirmar que “nem colocar índio no ‘tronco’ ou admitir que silvícolas se embriaguem, constituem delito de qualquer espécie” e ainda questionam: “desde quando prender índios sob a vigilância e responsabilidade do Posto constituem crime previsto em lei?”,

73 TOMMASINO, 1995, p. 176.

74 BRIGHENTI, 2012. p. 265.

75 PROLA JR, 2017, p. 172.

76 BRASIL, 1968, v. 04, p. 218, v. 08, p. 33 e 43, v. 09, p. 116 e 132, e v. 18, p. 201.

77 BRASIL, 1968, v. 09, p. 394.

78 BRASIL, 1968, v. 9, p. 165, 178, 192 e 203.

79 BRASIL, 1968, v. 16, p. 22.

bem como: “qual o delito cometido por autoridades e por policiais quando prendem e encarceram bêbados e desordeiros?”⁸⁰.

Tais afirmações parecem confirmar a percepção, por parte dos agentes estatais do SPI, que os indígenas estavam submetidos a um segundo nível de legalidade, um regime disciplinar e punitivo, que atuava de forma abusiva e arbitrária, aplicando penalidades a fim de promover sua incorporação à sociedade nacional, transformando-os da categoria “índios” para a categoria “trabalhadores rurais”⁸¹.

O Relatório Síntese ainda discorre em várias passagens sobre o total regime de exploração a que eram submetidos os indígenas, apropriando-se os funcionários, mesmo aqueles que não praticavam maus-tratos, de toda produção dos “roçados laboriosamente cultivados”.

Também aponta o “proteccionismo” nos processos de inquéritos administrativos anteriormente instaurados contra funcionários do SPI – alguns deles analisados pela comissão –, que apresentavam uma característica comum: “a existência de um vício processual que determinava sua anulação e arquivamento”, sem que jamais fosse instaurado novamente.

Nesse contexto, afirma não ser possível levantar com exatidão os valores subtraídos dos indígenas, para exigir o ressarcimento, nem apontar todos os “culpados” e muito menos todos os crimes praticados, em virtude da imensa área de “jurisdição” do SPI, com inúmeros funcionários. Esclarece, então, que o trabalho da comissão constituiu uma “obra perfunctória de colheita de dados para instruir novas comissões”, que poderiam então realizar o trabalho de “profilaxia administrativa”. Porém, afirma que, “se não foi possível uma exata apuração nem por isso se deixou de averiguar serem tantos e tão horríveis os crimes, que o SPI pode ser considerado o maior escândalo administrativo do Brasil”.

Passa então a listar os inúmeros crimes que foram praticados contra os indígenas, que vão desde “assassinatos de índios (individuais e coletivos): tribos”; “prostituição de índias”; “trabalho escravo”; “dilapidação do patrimônio indígena”; até “adulteração de documentos oficiais” e “desvio de verbas orçamentárias”. Discorre também sobre episódios de extermínio de tribos em diversos locais do país, destacando que a comissão presenciou “cenas de fome, de miséria, de subnutrição, de peste, de parasitose externa e interna”, capazes de “revoltar o indivíduo mais insensível”.

O Relatório ainda aponta situações envolvendo especificamente os grupos Kaingang do Sul do país, especialmente do Rio Grande do Sul. Em Guari-

80 BRASIL, 1968, v. 24, p. 50-642.

81 SANT'ANNA; CASTRO; JACÓ-VILELA, 2018.

ta⁸², afirma que foram encontradas duas criancinhas com “horrorosos tumores” provocados por parasita bovino.

Já em Nonoai/RS – município próximo a Chapecó/SC –, além de uma enfermaria, classificada como “antro abjeto e sórdido”, foi encontrada uma “cela de taboas, apenas com pequeno respiradouro, sem instalações sanitárias”, o que obrigava os indígenas a “atender suas necessidades fisiológicas no próprio recinto da minúscula e infecta prisão”, a qual, porém, o Chefe do Posto apontou como “um melhoramento de sua autoria”. Segundo o Relatório, realmente, a prisão anterior era ainda pior: “lembrava presídios de Luis XI, da França”. Menciona, ainda, que foi encontrado um indígena preso, com o dorso “riscado de muitas cicatrizes longas”, indicativo de serem resultado de chicotadas. Questionado a respeito, “demonstrou verdadeiro pânico e não declarou a origem das cicatrizes”.

O Relatório ainda registra que diversas outras situações, ainda piores, foram encontradas nas demais regiões do país e envolvendo outras etnias.

Ao final, apresenta extensa relação de pessoas apontadas como “infratoras de normas legais do Direito Brasileiro”, com as respectivas condutas, que deveriam ser indiciadas posteriormente, mas que jamais foram processadas e punidas⁸³, indicando que o estado brasileiro compactuava com a submissão dos indígenas a esse verdadeiro regime de exceção.

Conforme destacam Castro, Sousa Neto e Vargas⁸⁴, os funcionários do SPI exerceram um poder abusivo, impedindo o livre trânsito dos indígenas, realizando prisões, impondo castigos e realizando torturas, e, ao priorizarem os objetivos da política nacional de desenvolvimento, realizaram deslocamentos forçados, facilitando a expropriação e invasões de territórios indígenas, gerando violências de toda ordem. Segundo esses autores, “essa violência [contra os povos originários] é o lado obscuro da política desenvolvimentista do Estado brasileiro, ‘do progresso a qualquer custo’”. Uma política que – inclusive nos dias atuais – vê os povos indígenas como inimigos desse estado desenvolvimentista, dessa visão hegemônica de progresso, e que podem-devem ser neutralizados ou, até mesmo, eliminados – física e culturalmente.

CONCLUSÕES

A legalidade na modernidade liberal se desenvolve num frágil equilíbrio, orbitando entre os extremos da ordem e da liberdade. Essa constante tensão, aliada à centralidade e à politicidade do direito penal, resulta em um duplo nível de legalidade: a primeira, assegurada pela jurisdição e reservada àqueles

82 Atualmente Terra Indígena Guarita, localizada nos municípios de Erval Seco, Redentora e Tenente Portela, no Rio Grande do Sul.

83 BELTRÃO, 2022, p. 19.

84 CASTRO; SOUSA NETO; VARGAS, 2024, p. 123–140.

consideradores sujeitos de direitos; e uma outra, administrada pela polícia e por outras instâncias do aparato estatal, aplicada às classes subalternas e àqueles apontados como “inimigos do Estado”.

A análise do Relatório Figueiredo realizada neste trabalho, de um lado, ilustra, com cores bastante fortes, toda uma série de violências que o Estado brasileiro têm cometido contra nossos povos originários – aí incluídos os grupos Kaingang do Sul do país –, desde o Império até o período republicano, e que parecem se agravar no último período de ditadura civil-militar do país.

Além disso, também evidencia que a tutela administrativa a que foram submetidos os indígenas do país, especialmente a partir da incapacidade relativa positivada no Código Civil de 1916, configurava um regime disciplinar e punitivo, implementado pelo Estado por meio do extinto SPI, com a aplicação reiterada e sistemática de castigos corporais e penas atrozes, em um verdadeiro regime de exceção – semelhante às leis penais excepcionais –, totalmente alheio ao princípio da legalidade penal.

As diversas situações narradas naquele relatório envolvendo a atuação do extinto SPI demonstram que esse aparato estatal de tutela, que deveria promover a proteção aos indígenas, foi na realidade instrumentalizado para um verdadeiro extermínio físico e cultural desses povos tradicionais. Um sistema afastado daquele da legalidade de matriz liberal, expresso no Código Penal vigente na época, mas que era reservado apenas àqueles considerados efetivos cidadãos, conceito que certamente não abrangia, entre outros, os opositores políticos do regime – especialmente a partir de 1968 – e também os povos indígenas, vistos sempre como um entrave ao desenvolvimento e ao progresso do Estado brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALVES-MELO, Patrícia. Entre memórias e esquecimentos: novas fontes para a História Indígena e do Indigenismo no Brasil. In: BELTRÃO, Jane Felipe (Org.). Relatório Figueiredo [recurso eletrônico]: atrocidades contra povos indígenas em tempos ditatoriais. Rio de Janeiro: Mórula, 2022. p. 26-52.

BELTRÃO, Jane Felipe. Por que trazer a lume o Relatório Figueiredo. In: BELTRÃO, Jane Felipe (Org.). Relatório Figueiredo [recurso eletrônico]: atrocidades contra povos indígenas em tempos ditatoriais. Rio de Janeiro: Mórula, 2022. p. 10-24.

BRASIL. Relatório Figueiredo. 1968. Disponível em: http://www.docvirt.com/docreader.net/DocReader.aspx?bib=MI_Arquivistico. Acesso em: 20 ago. 2024.

BRIGHENTI, Clovis Antonio. O movimento indígena no oeste catarinense e sua relação com a Igreja Católica na Diocese de Chapecó/SC nas décadas de

1970 e 1980. Tese (Doutorado em História) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis/SC, 2012.

CARVALHO, Reinaldo Forte. “O Diretório Pombalino”: legislação e liberdades indígenas na capitania do Siará Grande. *SÆCULUM – Revista de História*. v. 26, n. 44, 2021, João Pessoa, p. 455-472.

CASTRO, Iára Quelho de; SOUSA NETO, Miguel Rodrigues de; VARGAS, Vera Lúcia Ferreira. Os povos indígenas e a ditadura: violência, memória e história. *História Revista*, v. 29, n. 1, Goiânia, jan./abr. 2024. p. 123-140.

CID FERNANDES, Ricardo; PIOVEZANA, Leonel. Perspectivas Kaingang sobre o direito territorial e ambiental no Sul do Brasil. *Ambiente & Sociedade*, v. 18, n. 2, São Paulo, abr./jun. 2015. p. 115-132.

COSTA, Pietro. O princípio de legalidade: um campo de tensão na modernidade penal. In: DAL RI JÚNIOR, Arno; SONTAG, Ricardo (org.). *História do direito penal entre medievo e modernidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 33-86.

GOMES DA SILVA, Paulo Thadeu. Os direitos dos índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades externas. São Paulo: Café com Lei, 2015.

IBGE. O Brasil indígena. Disponível em: https://indigenas.ibge.gov.br/images/pdf/indigenas/folder_indigenas_web.pdf. Acesso em: 20 ago 2024.

KAYSER, Harmut-Emanuel. Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

LISBOA, João Francisco Kleba. O direito entre os Kaingang no Oeste de Santa Catarina: um olhar a partir da antropologia jurídica. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2010.

LOUREIRO, Violeta Refkalefsky. Desenvolvimento, meio ambiente e direitos dos índios: da necessidade de um novo ethos jurídico. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 503-526, jul./dez. 2010.

MACHADO, Vinícius da Silva. Em trinta volumes do indigenismo brasileiro: as vozes dos 12 Kaingang. In: BELTRÃO, Jane Felipe (Org.). *Relatório Figueiredo [recurso eletrônico]: atrocidades contra povos indígenas em tempos ditatoriais*. Rio de Janeiro: Mórula, 2022. p. 197-233.

MARIN, Jérri Roberto. A Santa Sé e o Serviço de Proteção ao Índio: as disputas entre a igreja católica e o estado pela tutela e gestão das populações indígenas. In: *Dossiê: Povos indígenas na América portuguesa entre os séculos XVI e XIX: contatos interétnicos, agenciamentos e novas territorializações*. História, São Paulo, v. 40, e2021019, 2021.

MECCARELLI, Massimo. Paradigmi dell'eccezione nella parabola della modernità penale: una prospettiva storico-giuridica. 2009. Disponível em: https://u-pad.unimc.it/handle/11393/36783#tab_default. Acesso em: 26 set. 2024.

MONTEIRO, Maria Elizabeth Brêa. Relatório de identificação e delimitação da Terra Indígena Toldo Imbu. In: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 2ª Vara Federal de Chapecó. Autos nº 2007.72.02.003793-5. Ação Anulatória de Ato Administrativo. Autores: Abramo Tedesco e outros. Réus: FUNAI e outro. Chapecó, 28 de junho de 2007.

NUNES, Diego; SONTAG, Ricardo. “As irrequietas leis de segurança nacional”: a ausência dos crimes contra a segurança nacional no código penal brasileiro de 1940. In: DAL RI JR., Arno; NUNES, Diego; SONTAG, Ricardo. História do direito penal: Confins entre direito penal e política na modernidade jurídica (Brasil e Europa). Florianópolis: Habitus, 2020.

PROLA JR, Carlos Humberto. Antropologia, história e filosofia política: um olhar sobre os direitos do povo Kaingang do Oeste de Santa Catarina. In: Mesurado em Direito. Brasília: ESMPU, 2017. Tomo 3. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/series/serie-dialogos-cientificos-inovacao/serie-pos-graduacao-volume-5-mestrado-em-direito>. Acesso em: 23 jul. 2024.

RIBEIRO, Darcy. Os índios e a civilização. São Paulo: Círculo do Livro, 1985.

SANT'ANNA, André Luis de Oliveira de; CASTRO, Alexandre de Carvalho; JACÓ-VILELA, Ana Maria. Ditadura militar e práticas disciplinares no controle de índios: perspectivas psicossociais no Relatório Figueiredo. Psicologia & Sociedade, v. 30, 2018.

SBRICCOLI, Mario. La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita. In: SBRICCOLI, Mario. Storia del diritto penale e della giustizia. v. 2. Milano: Giuffrè, 2009, i. 5. p. 493-590.

SBRICCOLI, Mario. Justiça criminal. In: Discursos Sediciosos, Rio de Janeiro, n. 17/18, 2011, p. 459-472.

TOMMASINO, Kimiye. A história dos Kaingang da bacia do Tibagi: uma sociedade Jê Meridional em movimento. Tese (Doutorado em Antropologia) – Universidade de São Paulo, São Paulo/SC, 1995.

VITORELLI, Edilson. Estatuto do índio. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

Recebido em: 29/03/2026

Aprovado em: 08/07/2026

A PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE CULTURAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

THE PRESERVATION OF THE CULTURAL ENVIRONMENT AS A FUNDAMENTAL RIGHT

DANIEL MOURA BORGES¹

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar a proteção do meio ambiente cultural como direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, investigando a tensão entre a salvaguarda do patrimônio e o imperativo do desenvolvimento econômico. Metodologicamente, a pesquisa ampara-se em uma abordagem qualitativa, fundamentada na revisão bibliográfica de matriz dogmática e na análise documental de dispositivos constitucionais e internacionais, além do exame da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Os resultados indicam que a natureza principiológica das normas de proteção cultural as qualifica como mandatos de otimização, exigindo a aplicação da técnica da ponderação para a solução de conflitos aparentes. Conclui-se que a deferência judicial às escolhas políticas dos demais Poderes, consolidada em julgados como a ADC 42, encontra limite intransponível no núcleo essencial do direito ao meio ambiente cultural equilibrado. Assim, a preservação do meio ambiente cultural não se configura como óbice ao progresso, mas como pressuposto de um desenvolvimento sustentável que assegure a dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Meio ambiente cultural. Patrimônio cultural. Desenvolvimento sustentável. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

This article aims to analyze the protection of the cultural environment as a fundamental right within the Brazilian legal system, investigating the tension between heritage safeguarding and the imperative of economic development. Methodologically, the research is based on a qualitative approach, grounded in a dogmatic bibliographic review and documentary analysis of constitutional and international provisions, as well as an examination of the Brazilian Supreme Federal Court's jurisprudence. The results indicate that the principled nature of cultural protection norms qualifies them as optimization requirements, demanding the application of the balancing technique to resolve apparent conflicts. It is concluded that judicial deference to the political choices of other Branches, consolidated in rulings such as ADC 42, encounters an insurmountable limit in the essential core of the right to a balanced cultural environment. Thus, the preservation of the cultural environment does not constitute an obstacle to progress, but rather a prerequisite for sustainable development that ensures human dignity.

KEYWORDS: Cultural environment. Cultural heritage. Sustainable development. Fundamental rights.

1. INTRODUÇÃO

A preservação do meio ambiente cultural é um tema que emerge com crescente relevância no cenário jurídico e político, dada sua interseção com Direitos Fundamentais e o desenvolvimento sustentável. A Constituição Federal de 1988 conferiu ao meio ambiente equilibrado e à cultura o status de Direitos

1 Pós-Doutor em Direito pela Mediterranean International Centre for Human Rights Research. Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2020). Professor da UFBA. E-mail: danielborgesjus@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2704-5757>.

Fundamentais, consolidando a necessidade de medidas eficazes para garantir sua proteção. No entanto, a interação entre a conservação do patrimônio cultural e a busca pelo crescimento econômico ainda gera diversos desafios.

A proteção do meio ambiente cultural não se restringe apenas à preservação física de bens históricos, mas também à manutenção da memória coletiva e da identidade de um povo. A degradação desses bens pode comprometer não apenas a história de uma nação, mas também sua coesão social e os valores culturais que a definem. Assim, a tutela jurídica do patrimônio cultural deve estar alinhada às diretrizes de desenvolvimento sustentável, de forma a garantir sua preservação sem impedir o progresso econômico e social.

Este artigo tem como objetivo analisar a relação entre a proteção do meio ambiente cultural e as políticas de desenvolvimento econômico, investigando as possibilidades de conciliação entre esses elementos. A pesquisa parte da hipótese de que a preservação do patrimônio cultural não precisa ser um obstáculo ao progresso, mas pode, ao contrário, ser um vetor de crescimento sustentável.

Metodologicamente, a investigação se baseia em uma abordagem qualitativa, por meio de revisão bibliográfica e análise documental, a fim de compreender os dispositivos legais e doutrinários que regem essa interação. Serão analisadas a legislação nacional e internacional, bem como decisões judiciais relevantes que ilustram o posicionamento do judiciário brasileiro sobre o tema.

A estrutura do artigo se organiza da seguinte forma: inicialmente, será abordado o conceito de patrimônio cultural como bem ambiental e sua proteção constitucional. Em seguida, examinar-se-á a natureza jurídica dos Direitos Fundamentais sob a ótica da teoria das normas-princípio e dos mandatos de otimização, fundamentando a aplicação da técnica da ponderação. No terceiro momento, discutir-se-á a configuração do direito fundamental ao meio ambiente cultural equilibrado e sua conexão com a dignidade da pessoa humana. Por fim, serão analisadas as perspectivas de compatibilização entre esse direito e o desenvolvimento econômico, com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

2. O PATRIMÔNIO CULTURAL COMO BEM AMBIENTAL E A SUA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

Houve uma preocupação especial por parte do legislador constituinte em relação à proteção do meio ambiente. Essa afirmação se torna evidente ao analisarmos o artigo 225 da Constituição Federal, que estabelece que

[...] todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, que é um bem de uso comum do povo e essencial para uma qualidade de vida

saudável. Compete ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”².

Essa preocupação reflete, além da atenção conferida ao próprio meio ambiente, a concepção de que o meio ambiente equilibrado é essencial para a saúde do ser humano, para que possa gozar dos demais direitos que lhes são essenciais, como, por exemplo, a vida, a liberdade e o acesso à cultura. Logo, o próprio direito ao meio ambiente equilibrado foi alçado à categoria de direito fundamental.

Além do art. 225, é relevante para a análise em curso a observância dos artigos 215 e 216 da Constituição que se debruçam sobre o patrimônio cultural brasileiro; em especial o artigo 215 que afirma ser obrigação do Estado garantir a todos “o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”³.

Nessa esteia, o artigo 216 afirma que o patrimônio cultural brasileiro é constituído pelos “bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”, destacando entre esses bens, em seu inciso V, “os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico”⁴.

Sendo assim, tanto os bens de natureza material, quanto imaterial mereceram uma atenção especial, pois foi reconhecida a importância de ambos enquanto elementos formadores da cultura brasileira.

A inserção desses direitos na Constituição brasileira seguiu uma tendência internacional, surgida no período pós-Segunda Guerra Mundial, de incluir os direitos difusos nas cartas constitucionais. Além dessa inclusão, nota-se uma preocupação dos documentos constitucionais em efetivar os Direitos Fundamentais que já haviam sido previstos em seus textos anteriores.

[...] positivar os direitos conferindo-lhes um valor de fundamental rights e atribuindo-lhes uma hierarquia materialmente superior [...] Significa isso a fundamentalização formal e material desses direitos. Fundamentalização formal porque as normas da carta terão um grau hierarquicamente superior na ordem jurídica [...] A fundamentalização material sugere que estes direitos são constitutivos das estruturas básicas [...] uma comunidade de valores e de princípios juridicamente normatizados numa carta de Direitos Fundamentais⁵.

2 BRASIL, 1988.

3 BRASIL, 1988

4 BRASIL, 1988.

5 CANOTILHO, 2001, p.13.

Ao tratar do meio ambiente, é importante, portanto, ter em mente a acepção ampla que o termo traz. O meio ambiente *latu sensu* aborda quatro espécies, quais sejam, o meio ambiente natural, o meio ambiente artificial, o meio ambiente do trabalho e o meio ambiente cultural⁶.

O patrimônio cultural, portanto, é uma espécie da categoria “bem ambiental”, devendo recair sobre ele todo o arcabouço protetivo dedicado ao meio ambiente, uma vez que é “[...]impossível isolar o patrimônio como um elemento abstrato de todo o espaço, de todo o nosso ambiente”⁷.

Sob a égide da Constituição de 1988, consolida-se na doutrina brasileira a denominada concepção unitária de meio ambiente⁸. O meio ambiente deve ser compreendido como uma realidade holística e integrada, na qual os aspectos naturais, artificiais, culturais e do trabalho não se fragmentam em micro-sistemas isolados. Nesse sentido, a integridade dos ecossistemas naturais é condição para o desenvolvimento das manifestações culturais, ao passo que a salvaguarda do patrimônio cultural confere sentido existencial ao espaço urbano ocupado pelo homem.

Nesse sentido, não se admite mais a bipartição entre cultura e natureza. A luta pela proteção da natureza, motivadas pela degradação ambiental causada pela ação humana, abrange o meio ambiente cultural, uma vez que “a proteção jurídica do patrimônio cultural brasileiro, enquanto direito fundamental de terceira geração, é matéria expressamente prevista no texto constitucional (art. 216 da CRFB/1988)”⁹.

3. A NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A DICOTOMIA ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS.

A compreensão do meio ambiente cultural como direito fundamental pressupõe, necessariamente, a análise da estrutura normativa que sustenta as garantias constitucionais no Estado Democrático de Direito. Longe de constituírem um bloco homogêneo, as normas de Direitos Fundamentais revelam-se em diferentes matizes doutrinários, cuja eficácia e aplicabilidade dependem da identificação de sua natureza jurídica. Nesse contexto, a distinção entre regras e princípios constitui a base necessária para a exegese de direitos que, como o patrimônio cultural, exigem do intérprete uma calibração constante entre mandamentos de otimização e a realidade fática. Assim, cumpre investigar a validade e a força normativa dessas normas-princípio, estabelecendo as premissas teóricas que permitem a solução de conflitos aparentes no ordenamento jurídico.

6 Ressalta-se que Fiorillo adota uma concepção unitária e abrangente de meio ambiente, incluindo o meio ambiente digital entre as suas espécies. FIORILLO, 2020.

7 SOUCY, 1996, p.144.

8 SILVA, 2000, p.20.

9 BRASIL, 2020, p.1.

Sob essa ótica, a doutrina contemporânea estabelece premissas que buscam delimitar o alcance desses direitos. Uma definição teórica, apenas formal ou estrutural, aponta os Direitos Fundamentais como sendo os direitos subjetivos que, por serem universais, aplicam-se a todos os seres humanos¹⁰. Essa proteção objetiva abarca os seres humanos que são vítimas, reais ou potenciais, das mais diversas formas de dominação ou do abuso de poder, garantindo às maiorias e às minorias proteção concreta contra o ato estatal e de terceiros que tenham cometido uma violação¹¹.

Diante dessa perspectiva, o direito internacional dos direitos humanos aparece como o corpo jurídico que visa proteger, substancialmente, o ser humano através de conceitos e normas materializados em tratados, convenções e nos atos das organizações internacionais. Além do direito material, busca estabelecer procedimentos aptos a conferir aplicabilidade aos direitos previstos nos mencionados documentos. Estes últimos são os chamados mecanismos de proteção. Os direitos material e processual existentes nesse corpo jurídico passam a ter, por conta do seu escopo protetivo, hermenêutica e metodologia que lhes são particulares¹².

Para serem eficazes, as normas de Direitos Fundamentais não possuem estrutura homogênea, manifestando-se ora sob a forma de regras, ora sob a forma de princípios¹³. A distinção entre essas duas espécies de normas é fundamental para a aplicação do direito ao meio ambiente cultural. Enquanto as regras são normas que, em face de uma situação fática e jurídica, exigem o seu cumprimento pleno, sendo aplicadas por meio da subsunção — ou são válidas ou não são¹⁴ —, os princípios são mandados de otimização. Isso significa que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes no caso concreto¹⁵.

Nesse cenário, a aplicação dessas normas deve ser compreendida sob a ótica da unidade do ordenamento jurídico, o que exige do intérprete a coordenação entre as normas para que a aplicação de uma não implique o sacrifício total de outra¹⁶. Diferente das regras, que se resolvem pelo critério da subsunção, os conflitos entre princípios (como a tensão entre o desenvolvimento e a preservação) resolvem-se pela técnica da ponderação¹⁷.

10 FERRAJOLI, 2011, p. 9.

11 TRINDADE, 2005, p. 210.

12 TRINDADE, 2005, p. 211.

13 ALEX, 2008, p. 90.

14 FERRAJOLI, 2011, p. 9.

15 ALEX, 2008, p. 90.

16 LARENZ, 2014, p. 648.

17 LARENZ, 2014, p. 674.

Isso decorre da fundamentalidade formal e material dessas normas, que obriga o Poder Público a considerar a variável cultural em qualquer projeto de desenvolvimento social¹⁸. Assim, a norma principiológica exige que o Estado não apenas se abstenha de destruir o patrimônio (função defensiva), mas que atue ativamente na sua promoção e salvaguarda (função prestacional), garantindo o mínimo de existência ecológica necessário à dignidade humana através da ponderação de bens em colisão.

4. O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE CULTURAL EQUILIBRADO.

Estabelecidas as premissas acerca da natureza jurídica das normas-princípio na seção anterior, cumpre analisar o tratamento conferido ao meio ambiente cultural sob a ótica dos Direitos Fundamentais.

A definição dos conceitos de direitos humanos e Direitos Fundamentais não é unânime na doutrina. No que diz respeito à conceituação de direitos humanos, podem ser identificados três tipos de definições: a tautológica, a formal e a finalística ou teleológica¹⁹.

A definição tautológica dos direitos humanos não acrescenta nenhum elemento novo, pois apenas afirma que esses direitos pertencem ao homem unicamente pelo fato de ele ser humano. A definição formal, por sua vez, não se preocupa em analisar o conteúdo desses direitos, mas apenas em verificar se eles recebem um regime jurídico especial. É justamente esse regime especial que garantiria esses direitos a todos os seres humanos. Já a definição finalística ou teleológica busca compreender o propósito dos direitos humanos para, a partir disso, defini-los. Por meio dessa finalidade, é possível identificar quando um direito pode ser classificado como humano. Assim, um direito será considerado humano se assegurar a dignidade da pessoa, ou seja, seu desenvolvimento digno, pois

[...]Só o homem enquanto ‘pessoa’ em sentido ético tem uma ‘dignidade’, pode suscitar face ao seu semelhante a pretensão ao respeito e reconhecimento dos seus direitos e ter os correlativos deveres, assumir responsabilidades”²⁰.

Dessa definição teleológica deriva o conceito de “dignidade da pessoa humana”. Embora a expressão possa soar redundante frente à locução “dignidade humana”, tal precisão terminológica justifica-se pelo propósito último dos Direitos Fundamentais: a salvaguarda dessas garantias não apenas em uma dimensão abstrata e universal, mas também em sua aplicação concreta e indi-

18 CANOTILHO, 2003, p. 1256.

19 RAMOS, 2016, p.39.

20 LARENZ, 2014, p.648.

vidualizada. Afinal, como assevera Calmon de Passos²¹, “o dado mais imediato que se impõe a nossa consciência é o nosso ser individual, o homem concreto e singular que somos”.

Dito isso, faz mais sentido definir os direitos humanos com base em sua finalidade, ou seja, no propósito que buscam alcançar. Dessa forma, o critério teleológico parece ser o mais adequado para oferecer uma definição precisa desses direitos. Se um direito garante o desenvolvimento digno de uma pessoa, ele pode ser classificado como um direito humano. Assim, a dignidade da pessoa humana constitui o fundamento essencial para a existência desses direitos.

Outro desafio relacionado aos Direitos Fundamentais, é escolher uma terminologia que melhor se ajuste a essa categoria, cuja finalidade é proteger a dignidade da pessoa humana. Afinal, a terminologia apropriada é essencial para a construção precisa do conceito de Direitos Fundamentais.

Para Ingo Sarlet²², é necessário distinguir conceitualmente Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Direitos do Homem. Os Direitos do Homem correspondem àqueles vinculados ao direito natural, não positivados. Os Direitos Fundamentais são os que estão incorporados ao ordenamento jurídico de um Estado. Já os Direitos Humanos são aqueles reconhecidos no âmbito internacional, principalmente por meio de tratados e atos de Organizações Internacionais.

Há também um posicionamento, baseado na doutrina alemã, que também diferencia os direitos humanos e os Direitos Fundamentais com base em sua positivação, mas com algumas particularidades. Para essa doutrina, a distinção entre ambos reside no fato de que os Direitos Fundamentais (*Grundrechte*) correspondem aos direitos humanos que foram positivados, seja no ordenamento interno (constituições, leis etc.) ou no âmbito internacional (tratados, declarações etc.). Já os direitos humanos, nesse contexto, permaneceriam no campo do direito natural, sem qualquer positivação, seja em nível nacional ou internacional²³.

Contrariando a doutrina citada em relação à conceituação dos Direitos Fundamentais, Norberto Bobbio entende não ser necessário se aprofundar nesse debate, pois o considera irrelevante para a disciplina²⁴. Para ele, mais importante do que definir uma terminologia precisa é garantir a efetividade desses direitos. O debate deve se debruçar sobre a necessidade de transformação dos Direitos Fundamentais, que devem deixar de ser um conjunto de direitos dos súditos para se tornarem um conjunto de direitos do cidadão. Este, como parte

21 PASSOS, 2003, p. 41

22 SARLET, 2001, p.33

23 COMPARATO, 2010, p.70.

24 BOBBIO, 1992, p.25.

integrante do povo, compartilha da soberania popular, sendo, simultaneamente, fonte e destinatário do poder estatal²⁵.

Nesse sentido, não é relevante saber “qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”²⁶.

Apesar das críticas apresentadas por Bobbio, entende-se a necessidade de se adotar uma classificação por uma questão pedagógica. Essa escolha pode facilitar não apenas a aprendizagem dos iniciantes no estudo da matéria, mas também ajudar os operadores do direito a identificar os instrumentos adequados a serem utilizados em casos concretos.

Sendo assim, adotar-se-á neste trabalho a seguinte classificação terminológica: referir-se-á aos “direitos do homem” como aquele direito universal e não positivado, com conotações eminentemente jusnaturalistas; os “direitos humanos” serão tratados como aqueles que foram positivados na ordem internacional; e os “Direitos Fundamentais” referem-se aos direitos positivados no ordenamento jurídico de um determinado Estado²⁷. Portanto, os Direitos Fundamentais são aqueles que abrangem os direitos essenciais dos indivíduos, os quais foram positivados com a finalidade de assegurar a dignidade da pessoa humana.

Esta positivação de direitos essenciais, contudo, não se fragmenta em conceitos isolados, mas gravita em torno de um eixo axiológico comum. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana tem força deontológica predominante, por ser um “[...] superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, dotando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido”²⁸.

A dignidade da pessoa humana é, portanto, princípio orientador de todo o ordenamento jurídico brasileiro, notadamente em relação aos Direitos Fundamentais, conferindo ao sistema coerência interna²⁹.

Só se pode conceber dignidade a partir de uma referência deontica que considera a coletividade sob uma perspectiva de escala diferenciada, vinculada a noção de humanidade. Portanto, o dever estatal e os deveres fundamentais atribuídos a cada membro desta comunidade política não se esgotam, no projeto de sociedade delineado pela Constituição brasileira, na garantia do bem-estar e na qualidade de vida destes mesmos membros, senão apontam para uma tarefa (estatal) e para deveres (estatais e sociais) perante a humanidade. O princípio da dignidade da pessoa humana impõe, nessa direção, deveres

25 LAFER, 2015, p.54.

26 BOBBIO, 1992, p.25.

27 SARLET, 2001.

28 PIOVESAN, 2012, p.717.

29 GOTTI, 2012, p.55.

estatais e deveres fundamentais sujeitos a uma escala exigente de concretização³⁰.

Considerando que a garantia do bem-estar pressupõe um meio ambiente equilibrado, estabelece-se uma relação intrínseca entre a proteção ambiental e a dignidade da pessoa humana — a denominada dimensão ecológica da dignidade humana. Nesse contexto, a atuação estatal deve assegurar instrumentos e procedimentos eficazes para mitigar os impactos negativos da ação humana sobre o meio ambiente.

[...] o resultado prático de um direito fundamental ao meio ambiente não poderia ser compreendido senão com o resultado de uma composição de posições jurídicas e de realidades subjetiva e objetiva do direito fundamental que tendem a orientar a concretização de um mínimo de condições existenciais que permita garantir aquelas finalidades³¹.

Nesse sentido, o ambiente equilibrado enquanto direito fundamental apenas garantirá a dignidade da pessoa humana quando todos os tipos de meio ambiente forem objeto das políticas públicas. É importante reconhecer que a proteção ambiental não se limita ao meio ambiente natural; a intervenção humana realizada no ambiente natural também deve ser objeto de proteção. Essa intervenção representa um registro da presença humana na Terra. Portanto, tanto o meio ambiente artificial resultante dessa intervenção quanto o próprio registro devem ser preservados, pois ambos contribuem para a formação cultural de um povo.

Quando um indivíduo toma consciência da cultura que o conecta a outros, ele também se encontra em relação ao outro. Ao reconhecer as semelhanças, ele começa a perceber as diferenças. Quando realiza modificações no espaço, fundamentando-se não apenas nas semelhanças, mas também nas diferenças, ele torna seu espaço mais amplo, uma vez que “[...] o olho do homem que avista horizontes vastos é mais altaneiro, tais horizontes conferem dignidade”³².

O texto constitucional, portanto, encontra-se em concordância com os tratados que versam sobre o tema, a exemplo da Convenção da UNESCO sobre a Salvaguarda do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, realizada em Paris em 1972, e da Convenção de Veneza de 1965. A primeira, constitui um marco na visão sistêmica de meio ambiente, que une os seus aspectos naturais, artificiais e culturais, de acordo com as definições de cada uma dessas acepções, notadamente as estabelecidas por seus artigos 1º e 2º no que tange à definição de

30 MAZZUOLI; AYALA, 2012, p. 305.

31 AYALA, 2012, p.115.

32 CORBUSIER, 2004, p.229.

meio ambiente natural e artificial³³. A segunda, por sua vez, definiu os critérios atuais para a preservação do patrimônio cultural³⁴.

A mundialização dos valores e das referências ocidentais contribuiu para a expansão ecumênica das práticas patrimoniais. Essa expansão pode ser simbolizada pela Convenção relativa à proteção do patrimônio mundial cultural e natural, adota em 1972 pela Assembleia Geral da Unesco³⁵.

É necessário garantir, no mínimo, o que é essencial para o desenvolvimento de uma vida saudável para os indivíduos. Esse mínimo de existência ecológica está diretamente relacionado ao princípio da dignidade humana. Para ser eficaz, deve assegurar tanto a função defensiva quanto a função prestacional do direito fundamental ao meio ambiente, garantidas pelo Estado, de modo a proporcionar uma proteção efetiva.

É relevante destacar, ainda, a vinculação que o Brasil tem com as convenções internacionais que o país assinou voluntariamente, uma vez que o texto constitucional, de forma acertada, no art. 5º, §2º, afirma que “[...] Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”³⁶.

Essa perspectiva de redução da separação entre as disposições internas e internacionais permite uma maximização da proteção dos Direitos Fundamentais, ao romper com a rígida distinção entre interno e externo. Além disso, ela favorece a cooperação entre os Estados soberanos. Esse conceito foi denominado por Peter Härbele como “Estado Constitucional Cooperativo”³⁷.

Esse “Estado Constitucional Cooperativo” permitiu, ao longo do século XX, especialmente em sua segunda metade, a expansão, o fortalecimento e a convergência dos sistemas de proteção internacional dos direitos humanos e do meio ambiente.

Portanto, a tutela do meio ambiente cultural como bem ambiental, além de preservar a memória e reforçar a identidade da comunidade local, funciona como vetor de desenvolvimento econômico para as pessoas e instituições inseridas na área protegida.

33 MARCHESAN, 2012, p.318.

34 RHODEN, 2015.

35 CHOAY, 2001, p.207.

36 BRASIL, 1988.

37 HÄRBELE, 2007, p.47.

5. O EQUILÍBRIO ENTRE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE CULTURAL

A relação entre o direito ao meio ambiente equilibrado e o direito ao desenvolvimento tem sido historicamente concebida sob uma perspectiva de antagonismo, na qual a busca pelo crescimento econômico frequentemente se sobrepõe à preservação ambiental. No entanto, essa dicotomia vem sendo questionada por abordagens que enfatizam a interdependência entre ambos, reconhecendo que o desenvolvimento sustentável pode ser um aliado da proteção ambiental e cultural.

Apesar de haver pontos de tensão, é importante destacar a existência de uma relação sinérgica entre o direito ao desenvolvimento e o direito ao meio ambiente equilibrado. Quando o desenvolvimento é realizado de forma sustentável, assegura o uso adequado dos recursos naturais, o que pode melhorar a qualidade de vida das populações locais.

Nesse sentido, destaca-se o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação ao conflito aparente de princípios constitucionais relacionados ao meio ambiente e ao desenvolvimento. Caso não haja a necessidade da declaração de inconstitucionalidade, ou seja, tratando-se de escolhas juridicamente válidas, o tribunal entende que as cortes devem respeitar as decisões tomadas pelo poder legislativo na edição de leis protetivas, bem como do executivo no desenvolvimento de políticas públicas. Sendo assim, para o STF, muitos dos conflitos aparentes seriam solucionados pelas escolhas políticas dos demais poderes.

Este entendimento foi consolidado, de forma paradigmática, no julgamento da ADC 42 e das ADIs correlatas ao Código Florestal de 2012. Naquela oportunidade, a Corte enfrentou a tensão entre a proteção do ecossistema e a livre iniciativa, decidindo que a intervenção judicial deve ser mínima quando o legislador opera dentro de uma margem de conformação politicamente legítima.

Sendo assim,

[...] as políticas públicas ambientais devem conciliar-se com outros valores democraticamente eleitos pelos legisladores como o mercado de trabalho, o desenvolvimento social, o atendimento às necessidades básicas de consumo dos cidadãos etc. Dessa forma, não é adequado desqualificar determinada regra legal como contrária ao comando constitucional de defesa do meio ambiente (art. 225, caput, CRFB), ou mesmo sob o genérico e subjetivo rótulo de retrocesso ambiental, ignorando as diversas nuances que permeiam o processo decisório do legislador, democraticamente investido da função de apaziguar interesses conflitantes por meio de regras gerais e objetivas³⁸.

Com base nesse fundamento, o Supremo Tribunal Federal entende que o princípio ambiental não pode prevalecer sobre o princípio democrático, sendo

38 BRASIL, 2018, p.4.

inviável o controle judicial de políticas públicas com a justificativa de proibição ao retrocesso em questões ambientais.

Todavia, é preciso notar que essa deferência ao legislador não implica uma carta branca para o esvaziamento da proteção ambiental. Como as normas de proteção cultural possuem natureza de princípio (ou mandatos de otimização, conforme a lição de Alexy³⁹ discutida anteriormente), o STF utiliza a técnica da ponderação para garantir que, embora o desenvolvimento seja priorizado em certos planos, o “núcleo essencial” do direito ao meio ambiente cultural equilibrado não seja atingido⁴⁰.

Em que pese o Supremo Tribunal Federal entender que o desenvolvimento econômico e social não gera necessariamente prejuízos ao meio ambiente⁴¹, prevalece em alguns casos, o entendimento de que as escolhas políticas devem conferir primazia à salvaguarda ambiental nos casos em que as atividades econômicas impactem excessivamente o meio ambiente. Por conseguinte, a jurisprudência reforça a necessidade de garantir a aplicação do princípio do desenvolvimento sustentável.

O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações⁴².

Embora o magistrado não deva ocupar o lugar do administrador público, o controle jurisdicional de políticas públicas e de atos administrativos revela-se imperativo quando tais escolhas importarem em violação flagrante a direitos fundamentais. Sob essa premissa, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre a responsabilidade e o limite da atuação do Poder Judiciário na conservação do meio ambiente urbano.

[...] O Judiciário não desenha, constrói ou administra cidades, o que não quer dizer que nada possa fazer em seu favor [...] E, sabemos, cidades não se erguem, nem evoluem, à custa de palavras. Mas palavras ditas por juízes

39 ALEXY, 2008.

40 BRASIL, 2017.

41 “[...] a defesa do meio ambiente é um dos princípios da ordem econômica, mas não é o único [...] o mero risco potencial de danos ambientais, em regra, não serve, por si só, para impedir completamente o desempenho de atividades econômicas [...]. Dentre outros valores igualmente destacáveis, situa-se o desenvolvimento nacional. BRASIL, 2014.

42 BRASIL, 2006.

podem, sim, estimular a destruição ou legitimar a conservação, referendar a especulação ou garantir a qualidade urbanístico-ambiental, consolidar erros do passado, repeti-los no presente, ou viabilizar um futuro sustentável⁴³.

Nesse sentido, a jurisprudência de nossos Tribunais Superiores reforça que o princípio do desenvolvimento sustentável não se resume a uma harmonização abstrata, mas subordina a própria atividade econômica à proteção ambiental, que, por conta da concepção unitária, abarca o meio ambiente cultural.

[...] A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral⁴⁴.

Assim, diante da tensão inerente ao conflito entre tais princípios, a superação de uma visão antagônica em favor de uma abordagem integradora revela-se imperativa. É perfeitamente viável a formulação de políticas públicas que salvaguardem o meio ambiente cultural sem cercear o progresso econômico e social. Sob essa ótica, o desenvolvimento econômico não apenas coexiste com a preservação, mas atua como um mecanismo estratégico para a viabilidade e o fomento do patrimônio cultural.

6. CONCLUSÃO

A preservação do meio ambiente cultural, reconhecida pela Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental, desempenha um papel crucial na garantia da identidade coletiva e na valorização do patrimônio histórico e cultural da sociedade brasileira. Ao longo deste estudo, constatou-se que a proteção ao meio ambiente cultural não se opõe necessariamente ao desenvolvimento econômico, mas deve ser considerada um elemento essencial na construção de políticas públicas que visem ao desenvolvimento sustentável.

O estudo revelou que há uma interseção importante entre o direito ao meio ambiente cultural e o direito ao desenvolvimento econômico, ambos devendo ser interpretados de forma harmoniosa, conforme demonstrado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O STF tem reafirmado a necessidade de equilibrar esses princípios constitucionais, garantindo que o desenvolvi-

43 BRASIL, 2010.

44 BRASIL, 2005.

to econômico não ocorra em detrimento da preservação cultural e ambiental. Nesse sentido, a pesquisa demonstrou que as normas protetivas do patrimônio cultural operam como mandatos de otimização, exigindo que o Estado utilize a técnica da ponderação para salvaguardar o núcleo essencial desses Direitos Fundamentais mesmo diante de tensões com a livre iniciativa como forma de evitar o retrocesso cultural. A corte entende que a definição de políticas públicas deve ser conduzida pelos poderes democraticamente eleitos, respeitando tanto a necessidade de crescimento econômico quanto a obrigação de proteger o patrimônio cultural.

A análise também demonstrou que a concepção moderna de meio ambiente ultrapassa a noção estritamente vinculada ao meio natural, abrangendo dimensões como o meio ambiente artificial e cultural. Dessa forma, o patrimônio cultural deve ser protegido como um bem ambiental, conforme estabelecido nos artigos 215 e 216 da Constituição Federal. A interligação entre esses conceitos reforça a necessidade de políticas que integrem a proteção do patrimônio histórico e cultural com estratégias de desenvolvimento sustentável, garantindo o acesso das gerações futuras à memória e à identidade cultural do Brasil.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AYALA, Patryck de Araújo. Direito Fundamental ao Ambiente e a Proibição de Regresso nos Níveis de Proteção Ambiental na Constituição Brasileira. In: LEITE, José Rubens Morato (coord.). Dano Ambiental na Sociedade de Risco. São Paulo: Saraiva, 2012.

BELLO FILHO, Ney de Barros. Direito ao Ambiente: da compreensão dogmática do direito fundamental na pós-modernidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.540 Medida Cautelar - DF. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 1 set. 2005. Diário da Justiça, Brasília, DF, 3 fev. 2006. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/constituicao-supremo/artigo.asp?abrirBase=CF&abrirArtigo=170>. Acesso em: 14 jul. 2026.

BRASIL. ADI 3.540 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 1º-9-2005, P, DJ de 3-2-2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). Recurso Especial nº 302.906 - SP. Relator: Min. Herman Benjamin. Julgado em: 26 ago. 2010. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 1 dez. 2010. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=3419096&tipo=0&nreg=&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 14 jul. 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 519778 AgR/RN. Rel.: Min. Roberto Barroso. Julgamento: 24.06.2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 17/11/2017 Plenário. Ag. Reg. na Ação Cível Originária 1.966/AM. Rel. Min. Luiz Fux. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14120682>>. Acesso em 28 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 42 / DF - Distrito Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade. Relator(a): Min. LUIZ FUX. Julgamento: 28/02/2018. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750504737>>. Acesso em 28 jan. 2020.

CANOTILHO, J.J Gomes. Compreensão Jurídico-política da Carta. In: RIQUI-TO, Ana Luísa et al. Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CHOAY, Françoise. A Alegoria do Patrimônio. São Paulo, Editora da UNESP, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORBUSIER, Le. Precisoões. São Paulo: Cosac Naify, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. Principia Iuris: Teoria do Direito e da Democracia. v. 1. São Paulo: Geodireito, 2011.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 20.ed. São Paulo. Saraiva, 2020.

GOTTI, Alessandra. Direitos Sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados. São Paulo: Saraiva, 2012.

HÄRBELE, Peter. Estado Constitucional Cooperativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

LAFER, Celso. Direitos Humanos: um percurso no direito no século XXI. São Paulo: Atlas, 2015.

LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 7.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. A Responsabilidade Civil pelos Danos ao Meio Ambiente Cultural no Direito Brasileiro. In: LEITE, José Rubens Morato (coord.). Dano Ambiental na Sociedade de Risco. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; AYALA, Patryck de Araújo. Cooperação internacional para a preservação do meio ambiente: o direito brasileiro e a Convenção de Aarhus. Revista Direito GV, São Paulo, v. 8, n. 1, pp. 297-328, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/4ZLLvbHPTRWppV-GFT8SYfpM/>. Acesso em: 27 fev. 2026.

PASSOS, J.J. Calmon de. Direito, Poder, Justiça e Processo: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. Teoria Geral dos Direitos Humanos. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RHODEN, Luiz Fernando. 50 Anos Depois, a Carta de Veneza Ainda é Atual? In: CAMPOS, Yussef Daifert Salomão de (org.). Patrimônio Cultural Plural. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 2.ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001.

SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUCY, Claude. Le patrimoine, ou l'avvers de l'aménagement ?. In: Les Annales de la recherche urbaine, N°72, 1996. Patrimoine et modernité. pp. 144-153. Disponível em: <https://www.persee.fr/doc/aru_0180-930x_1996_num_72_1_1990>. Acesso em 17 jan. 2020.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 2005.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Desafios para a Efetiva Proteção Internacional dos Direitos Humanos. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. Jornadas de Direito Internacional Público no Itamaraty (2005 : Brasília, DF): Desafios do direito internacional contemporâneo. Brasília: FUNAG, 2007.

Recebido em: 05/03/2026

Aprovado em: 15/07/2026

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS, MEMÓRIA COLETIVA E EMOÇÕES: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS *MEMORY STUDIES*

INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW, COLLECTIVE MEMORY, AND EMOTIONS: AN ANALYSIS BASED ON MEMORY STUDIES

EDOARDO STOPPIONI¹

RESUMO

Este artigo ambiciona explorar algumas pistas de reflexão para pensar as interações entre o direito internacional dos direitos humanos, a memória coletiva e as emoções políticas. A metodologia adotada é resolutamente interdisciplinar, propondo como pilar central o diálogo com os *memory studies* para compreender o funcionamento do direito internacional dos direitos humanos, apresentado, assim, como agente de memória e, ao mesmo tempo, como um campo moldado por narrativas históricas e emocionais preexistentes. O artigo propõe aplicar esse quadro à análise comparada da postura da Corte Europeia e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a fim de evidenciar uma divergência significativa entre ambas, marcada por uma abordagem transformadora e memorial da segunda e por uma postura mais cautelosa e consensual da primeira. Conclui-se que a compreensão do papel do direito internacional dos direitos humanos exige a incorporação da dimensão memorial e das emoções políticas, fundamentais para a construção das identidades coletivas e para os processos de justiça e reparação.

PALAVRAS-CHAVE: Direito internacional dos direitos humanos. Memória coletiva. Emoções políticas. Tribunais internacionais. *Memory studies*.

ABSTRACT

This article aims to explore a set of analytical pathways for examining the interactions between international human rights law, collective memory, and political emotions. The methodology adopted is resolutely interdisciplinary, proposing as its central pillar a dialogue with memory studies in order to understand the functioning of international human rights law, which is presented both as an agent of memory and as a field shaped by pre-existing historical and emotional narratives. The article applies this framework to a comparative analysis of the positions adopted by the European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights, with a view to highlighting a significant divergence between the two. This divergence is characterized by a transformative and memory-oriented approach on the part of the latter, and a more cautious and consensus-based stance on the part of the former. It concludes that understanding the role of international human rights law requires incorporating the dimension of memory and political emotions, which are fundamental to the construction of collective identities and to processes of justice and reparation.

KEYWORDS: *International human rights law. Collective memory. Political emotions. International courts. Memory studies.*

Quais são as relações entre o direito internacional dos direitos humanos, a memória e as emoções políticas subjacentes a essa memória? O direito internacional dos direitos humanos, enquanto instrumento de reparação de violações

1 Professor de direito público na Universidade de Estrasburgo (stoppioni@unistra.fr) e membro da Comissão Nacional Consultiva dos Direitos Humanos da França. Este artigo é o resultado de uma conferência proferida na UFMG em março de 2026; agradeço sinceramente ao meu amigo, o professor Lucas Lima, pelo convite e pelos conselhos.

ocorridas e de estruturação de condutas pelo futuro, pode realmente ignorar a forma como uma sociedade pensa coletivamente o contexto dessas violações o das suas regras? Pode ele, de fato, ignorar a maneira como essas violações e regras engendraram e engendrarão emoções políticas coletivas que irão estruturar o futuro das sociedades com as quais pretende dialogar? O objetivo deste artigo é demonstrar que existe uma ligação profunda entre a maneira como o direito internacional dos direitos humanos opera e a memória coletiva de uma sociedade, bem como com as emoções políticas que essas interações pressupõem.

Se os juristas têm trabalhado relativamente pouco sobre o lugar da memória e das emoções no direito dos direitos humanos, essa afirmação não é verdadeira para as outras ciências sociais e humanas. Muito pelo contrário, existem importantes reflexões históricas, sociológicas e filosóficas em torno dessas interações². Os artistas também enfrentaram o desafio de pensar a interação entre memória, emoção e nossas sociedades contemporâneas. Podemos, portanto, começar a refletir sobre o tema deste artigo tendo em mente um quadro pintado por René Magritte.

Em sua pintura intitulada *A Memória*, Magritte tece esses vínculos de maneira particularmente reveladora. No centro da imagem encontra-se uma estátua clássica que representa o passado, situada, portanto, como um pivô da reflexão e que se impõe ao observador com o peso da tradição e do passado. São esses elementos do passado que estruturam o futuro, orientam e canalizam a percepção do porvir. E esse passado não é imaculado nem intacto: ele carrega em si fissuras e feridas, simbolizadas pelo sangue que escorre da têmpora da estátua. O peso do passado recai, assim, sobre o observador. Ao mesmo tempo, o pintor nos leva a refletir sobre o fato de que não é apenas a dor do passado que orienta o sentido atribuído à memória. Esta também traz consigo o resultado de uma reflexão sobre a beleza, a alegria e as emoções positivas, simbolizadas pela rosa que vemos. O pano de fundo, o mar, representa provavelmente um horizonte temporal mais amplo, convidando o observador a compreender até que ponto esse passado complexo e rico estabelecerá as bases para as sociedades futuras.

Por sua força evocativa, a arte nos mostra até que ponto a memória se encontra na base de toda reflexão social, de maneira consciente ou inconsciente. A memória atua tanto sobre o indivíduo e suas emoções individuais quanto, de forma mais ampla, sobre um coletivo que compartilha um certo número de refe-

2 Ex multis ARCHIBALD, Robert R. et al. *Social memory and history: Anthropological perspectives*. New York: Bloomsbury Publishing USA, 2002; BERNECKER, Sven; MICHAELIAN, Kourken (eds.). *The Routledge handbook of philosophy of memory*. London: Routledge, 2017; NORA, Pierre. *Between memory and history: Les lieux de mémoire*. Representations, Berkeley, n. 26, pp. 7-24, 1989; ZERUBAVEL, Eviatar. *Social memories: Steps to a sociology of the past*. Qualitative Sociology, New York, v. 19, n. 3, pp. 283-299, 1996.

rências, experiências e leituras do passado. O jurista, por sua vez, pode oferecer chaves de reflexão para compreender de que maneira o direito também atua. Nesse contexto, fala-se em processos de produção, recepção ou ainda de invisibilização das memórias e das emoções coletivas. Nesse contexto, o trabalho do jurista é, portanto, antes de tudo, um trabalho de reflexão sobre a necessidade de tomar consciência dessas conexões que não estamos habituados a estabelecer em nossa disciplina. E é essa a modesta pretensão deste trabalho exploratório: sugerir pistas e conexões a serem exploradas posteriormente.

Para propor um itinerário introdutório a essas reflexões, procederei em cinco pontos: começarei tentando esclarecer por que os internacionalistas precisam refletir sobre a memória coletiva, ponto de partida dos trabalhos existentes. Proporei então um diálogo entre o direito internacional e o campo disciplinar dos *memory studies*, que já explorou amplamente esse terreno (1). Depois, vou me concentrar em um aspecto específico do direito internacional que pode ser ainda mais explorado por meio dessa abordagem dos *memory studies*: o contencioso internacional (2) e, mais particularmente, o contencioso internacional dos direitos humanos (3), com uma comparação entre a maneira como a Corte europeia dos direitos humanos e a Corte interamericana dos direitos humanos abordam a memória (4). Por fim, concluirei discutindo como, a meu ver, é difícil trabalhar sobre a memória sem abordar, de forma contextual, as emoções políticas subjacentes (5).

1. MEMÓRIA COLETIVA: POR QUE NÓS, INTERNACIONALISTAS, DEVERÍAMOS NOS IMPORTAR?

A memória coletiva é um dos conceitos relativamente novos na caixa de ferramentas da sociologia e, desde os anos 1980, tem atraído atenção crescente de sociólogos e pesquisadores de outras áreas.

Um ponto de partida indispensável³ nesse âmbito são os trabalhos do sociólogo francês Maurice Halbwachs, do século XX, que desenvolviam a intuição segundo a qual as pessoas normalmente adquirem suas memórias não apenas por meios individuais, mas também por meio de processos coletivos e sociais⁴. A memória e a consciência individual estão fortemente impactadas pela memória coletiva, isto é, pela ideia de uma memória do grupo que funciona como uma construção social. Ela corresponde à interpretação dos acontecimen-

3 GENSBURGER, Sarah. Halbwachs' studies in collective memory: A founding text for contemporary 'memory studies?'. *Journal of Classical Sociology*, London, v. 16, n. 4, pp. 396-413, 2016.

4 HALBWACHS, Maurice. *On Collective Memory*. London: University of Chicago Press, 1992, p. 38: "But if we examine a little more closely how we recollect things, we surely realize that the greatest number of memories come back to us when our parents, our friends, or other persons recall them to us. (...) Most of the time, when I remember, it is others who spur me on; their memory comes to the aid of mine and mine relies on theirs".

tos históricos de acordo com o contexto social contemporâneo da sociedade em questão. A construção dessa memória coletiva é um processo seletivo: nem todos os acontecimentos históricos são preservados na memória social e, quando um evento é lembrado, a memória do grupo normalmente não oferece um relato preciso e abrangente de todos os seus aspectos. A memória coletiva se materializa e é transmitida por meio de uma ampla gama de práticas de comemoração que moldam o lembrado: cerimônias, monumentos, feriados nacionais, museus, livros escolares, nomes de ruas e meios de comunicação de massa.

Compreendemos já que essas narrativas seletivas podem sugerir uma mensagem moral forte ao grupo e fornecer, então, diretrizes sobre comportamentos considerados apropriados, moldando inclusive a esfera jurídica: a memória coletiva tem um impacto bastante forte sobre a regulação social. Sem dúvida, então, o direito internacional recebe fortemente essas estruturas memórias, está invadido por elas e participa a estruturá-las.

Desde os anos 1980, consolidou-se uma disciplina das ciências sociais especializada nesse assunto: os *memory studies*⁵. Para compreender o impacto fundamental dessa branca na evolução das ciências sociais, podemos sublinhar como os *memory studies* oferecem pelos menos duas ideias muito fortes pelos juristas. A primeira é que a memória não é uma lei da natureza; ela é construída socialmente por agentes de memória (a). A segunda ideia forte é que a memória não é fixa; ela é constantemente reinterpretada a partir das necessidades e das categorias do presente (b).

(A) A MEMÓRIA É CONSTRUÍDA SOCIALMENTE POR AGENTES DE MEMÓRIA

Essa primeira ideia foi desenvolvida por Maurice Halbwachs e pela antropóloga alemã Aleida Assmann.

Com Maurice Halbwachs, entendemos que a memória é socialmente construída; ela existe graças a quadros sociais que permitem seu funcionamento, como a família, a religião e o Estado. Esses quadros funcionam como verdadeiros “agentes de memória”. Para nós, juristas de direito internacional, a ideia do Estado como agente de memória é particularmente importante⁶. Nesse sentido, o Estado é considerado como um quadro que produz memória. E o direito também funciona como produtor de memória: ele estabiliza narrativas, fixa versões do passado e elimina outras.

Com Aleida Assmann, entendemos que a memória pode ser comunicativa (viva, transmitida oralmente) ou cultural (institucionalizada em ritos, monumentos e textos). Esta última funciona como um arquivo e estrutura a identi-

5 TAMM, Marek. Beyond history and memory: New perspectives in memory studies. *History Compass*, Oxford, v. 11, n. 6, pp. 458-473, 2013.

6

dade coletiva. Mas, sobretudo, ela sublinha que a memória é seletiva⁷. Lembrar e esquecer estão profundamente interligados⁸. Enquanto certos acontecimentos do passado recebem múltiplas comemorações, outros recebem pouca atenção ou são objeto de uma verdadeira “amnésia coletiva”.

O direito internacional participa, como veremos, dessa ação de seletividade na maneira de dialogar com a memória.

(B) A MEMÓRIA É CONSTANTEMENTE REINTERPRETADA A PARTIR DAS CATEGORIAS DO PRESENTE

A segunda ideia forte dos *memory studies*, profundamente ligada à primeira, é que a memória não é fixa; ela é constantemente reinterpretada a partir das necessidades e das categorias do presente.

A teórica da literatura alemã Astrid Erll destaca que a memória é, antes de tudo, uma prática: ela corresponde ao que a sociedade faz com o passado. Por isso, a memória é performada e mediatizada: ela é constantemente reescrita na cultura popular e nos meios de comunicação⁹. As memórias coletivas participam de forma significativa da formação da identidade coletiva de diversos grupos sociais, incluindo nações ou grupos regionais, e possivelmente excluindo outros¹⁰.

Consequentemente, o processo de educação e socialização frequentemente inclui o ensino da memória coletiva do grupo aos novos membros; ela constitui parte essencial do esforço de incorporação desses membros à comunidade. Podemos nos perguntar se o direito internacional faz parte dessa função.

Enfim, o filósofo francês Paul Ricoeur sublinha uma dimensão ética importante: como a memória é performada, ela tem objetivos. Portanto, deve orientar-se para a justiça e não para a vingança¹¹.

Líderes políticos não ignoram essa força, e diversos estudos mostram os métodos pelos quais governos utilizam a memória coletiva como instrumento para promover seus objetivos. Em algumas ocasiões, memórias coletivas também são mobilizadas por subgrupos (como minorias) como fonte de oposição.

7 ASSMANN, Aleida. *Cultural memory and Western civilization: Functions, media, archives*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

8 ASSMANN, Aleida. *Transformations between history and memory*. *Social Research: An International Quarterly*, New York, v. 75, n. 1, pp. 49-72, 2008.

9 ERLI, Astrid. *Kollektives Gedächtnis und Erinnerungskulturen: Eine Einführung*. Berlin: Springer-Verlag, 2017.

10 ERLI, Astrid. *Travelling memory*. In: ERLI, Astrid; RIGNEY, Ann (eds.). *Transcultural memory*. London: Routledge, pp. 17-31, 2016.

11 RICOEUR, Paul. *Mémoire, histoire, oubli*. *Esprit*, Paris, n. 3, pp. 20-29, 2006; RICOEUR, Paul. *Mémoire: approches historiennes, approche philosophique*. *Le Débat*, Paris, n. 122, pp. 41-61, 2002.

Foucault enfatizou o papel do desenvolvimento de uma “contra-memória”, que desafia a narrativa do grupo dominante¹².

Parece, então, evidente que o direito internacional (e particularmente o direito internacional dos direitos humanos) é um dos fatores por meio dos quais reinterpretamos constantemente a memória; ele introduz categorias com as quais passamos a pensar nossa própria história. Assim, seu papel memorial influencia profundamente nossa compreensão do passado.

2. DIREITO INTERNACIONAL E MEMORY STUDIES

O pesquisador que mais trabalhou essas questões sob a perspectiva do direito internacional é o professor israelense Moshe Hirsch. Hirsch utiliza o marco teórico dos *memory studies* para pensar o papel do direito internacional e sublinha a existência de uma relação complexa entre direito e memória¹³.

Moshe Hirsch demonstrou que “o direito afeta e é afetado pela memória coletiva”¹⁴. Ou seja, a relação entre direito internacional e memória é bidirecional. Em outros termos, o direito internacional constrói memória, atuando como agente de memória. Mas ele também é profundamente influenciado pelas memórias coletivas existentes, porque é aplicado por seres humanos que possuem visões de mundo, experiências históricas e referências culturais.

Então, uma primeira dimensão consiste no fato de que o direito internacional afeta a memória coletiva. O que isso significa concretamente? Podemos identificar pelo menos duas manifestações principais.

Em primeiro lugar, o objeto do direito internacional inclui sistematicamente fatos históricos, que são necessários para compreendê-lo. Por isso, livros de autores e decisões de tribunais internacionais frequentemente incluem uma descrição dos acontecimentos históricos relevantes. As memórias transmitidas em livros didáticos, julgamentos e resoluções de instituições internacionais são inerentemente seletivas¹⁵. Isso tem um impacto sobre a comunidade epistêmica dos internacionalistas: estudantes, profissionais e pesquisadores que estudam decisões importantes de tribunais internacionais muitas vezes aprendem os eventos históricos específicos tal como foram selecionados e interpretados por esses tribunais.

12 KAUFMANN, J. N. Foucault historien et “historien” du présent. Dialogue: Canadian Philosophical Review / Revue canadienne de philosophie, Cambridge, v. 25, n. 2, pp. 223-238, 1986.

13 HIRSCH, Moshe. The role of international tribunals in the development of historical narratives. Journal of the History of International Law, Leiden, v. 20, n. 4, pp. 391-428, 2019.

14 HIRSCH, Moshe. Collective Memory and International Law. ESIL Reflections, Florence, v. 3, n. 7, 2014. Disponível em: https://esil-sedi.eu/fr/post_name-136/. Acesso em: 04/04/2026: “Collective memory and law, including international law, interact in both directions; law affects and is affected by collective memory”.

15 HIRSCH, Moshe. Collective Memory and International Law, cit., p. 3.

Em segundo lugar, em certos casos, atores do direito internacional buscam deliberadamente influenciar a memória coletiva. Certos instrumentos internacionais visam explicitamente influenciá-la, como por exemplo as convenções da UNESCO sobre patrimônio mundial. Os fundadores de alguns tribunais internacionais, como o Tribunal de Nuremberg, tinham a intenção explícita de influenciar a memória coletiva futura ao produzir uma narrativa histórica dos acontecimentos relevantes¹⁶.

Por outro lado, a memória coletiva também afeta o direito internacional, em uma dinâmica igualmente complexa. Esse aspecto se desdobra em várias facetas. As memórias coletivas de certos acontecimentos históricos são, por exemplo, institucionalizadas em diversos tratados internacionais, como a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas. Além disso, essas memórias podem influenciar o conteúdo das normas jurídicas internacionais, sua interpretação e o seu cumprimento. Hirsch menciona, a esse respeito, o exemplo da memória coletiva alemã sobre a hiperinflação durante a República de Weimar, que influenciou consideravelmente o conteúdo do direito da União Econômica e Monetária da União Europeia, em especial no que diz respeito às disposições relativas à estabilidade de preços, aos déficits excessivos e à cláusula de “no bailout”¹⁷.

Por fim, as memórias coletivas das nações podem afetar as posições dos Estados e sua conduta em relação à implementação das normas jurídicas internacionais. Em alguns casos, inclusive, doutrinas jurídicas nacionais ou regionais relacionadas à implementação do direito internacional são moldadas por memórias coletivas. Assim, a memória coletiva das intervenções estrangeiras passadas nos Estados latino-americanos encontra-se incorporada na chamada “doutrina Calvo”, que influenciou a forma como esses Estados implementaram obrigações relativas ao direito internacional dos investimentos¹⁸.

Esse marco teórico permite evidenciar que o direito internacional não apenas recebe memórias coletivas, mas também as produz. Ele é permeado por uma visão coletiva da história que impacta a criação e a interpretação de suas normas. Além disso, pode reforçar ou cristalizar determinadas memórias coletivas, sustentando narrativas majoritárias e silenciando narrativas minoritárias ou, ao contrário, reabilitar contra-histórias, contribuindo para a defesa de uma pluralidade de compreensões do mundo.

16 HIRSCH, Moshe. Uses of History and Collective Memories by International Courts and Tribunals. Max Planck Encyclopedias of International Law, Oxford, 2018, p. 5.

17 HIRSCH, Moshe. Invitation to the sociology of international law. Oxford: Oxford University Press, 2015, pp. 58-72.

18 HIRSCH, Moshe. Collective Memory and International Law, cit., p. 4.

3. TRIBUNAIS INTERNACIONAIS E MEMÓRIA COLETIVA

Um enfoque particular sobre o contencioso internacional parece particularmente interessante nesse contexto. Por essência, um juiz internacional é um ator que busca dar uma voz concreta às normas do direito internacional; ele deve dar corpo às regras abstratas e, portanto, esses aspectos teóricos são ainda mais relevantes para pensar a atuação das cortes e tribunais internacionais, pois são eles, por exemplo, que irão agir diretamente como agentes da memória e ser profundamente influenciados por narrativas coletivas.

Nesse contexto, a doutrina evoluiu consideravelmente desde uma concepção extremamente positivista do papel do juiz, que reduzia a quase nada o lugar de fatores extrajurídicos na compreensão do raciocínio jurisdicional. Seja por meio do realismo jurídico, do feminismo ou dos estudos críticos, a ciência jurídica passou a reconhecer a importância de fatores socioculturais na realização da norma jurídica produzida pelos atores jurisdicionais. Isso foi recentemente trabalhado de maneira particularmente pertinente, justamente sob o prisma das emoções por Gerry Simpson. Ele estuda o direito internacional como uma prática narrativa, que se apresenta como neutra e técnica, embora seja, na realidade, permeada pelas emoções de seus atores. O descompasso entre a linguagem jurídica tal como é apresentada por seus atores e mobilizada para persuadir, e a forma como ela é produzida e impacta o mundo é, portanto, evidente e constitui uma massa conceitual que ainda precisa ser pensada¹⁹.

Na perspectiva dos *memory studies*, podemos desenvolver aqui a relação bidirecional já mencionada para pensar a interação entre os tribunais internacionais e a memória. Por um lado, as cortes operam como atores de memória. Nesse sentido, a decisão judicial pode ser compreendida como um verdadeiro lugar de memória, no sentido proposto por Pierre Nora²⁰: um espaço em que o passado é fixado, interpretado e transmitido, permitindo que determinadas experiências, conflitos e valores sejam preservados e continuem a estruturar a compreensão jurídica do presente.

Por outro lado, os tribunais são atores socio-historicamente situados. As cortes são compostas por seres humanos dotados de memória e que participam de uma ou mais memórias coletivas (nacionais, linguísticas, minoritárias entre outras). Eles atuam dentro de um campo social atravessado por tensões emocionais e políticas²¹. Suas decisões podem tornar visíveis memórias marginalizadas, mas também podem reforçar memórias dominantes.

19 SIMPSON, Gerry. *The sentimental life of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2021.

20 NORA, Pierre. Entre memória e história: a problemática dos lugares. *Projeto História: Revista do Programa de Estudos Pós-Graduados de História*, São Paulo, n. 10, p. 7-28, 1993.

21 NUSSBAUM, Martha C. *Political emotions: why love matters for justice*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2013.

A doutrina ainda permanece incipiente quanto à mobilização dessas ideias em relação às cortes internacionais. Pouco foi escrito sobre a Corte Internacional de Justiça sob essa perspectiva. Por exemplo, Moshe Hirsch sublinha como o *Parecer Consultivo sobre a Legalidade do Uso de Armas Nucleares* da Corte Internacional de Justiça²² não menciona o uso amplamente conhecido dessas armas em Hiroshima e Nagasaki. Essa ausência é reveladora da seletividade judicial na construção da narrativa histórica²³.

Nesse mesmo sentido, pode-se lembrar a análise de Koskeniemi sobre a “voz da Corte” nesse parecer, isto é, a forma como a Corte constrói autoridade por meio do tom, da seleção e do silêncio. Segundo o autor, a voz judicial da Corte constitui um instrumento particular que nem sempre é o mais apto a fazer justiça à memória: a frieza do argumento jurídico e o enfoque interestatal a impedem de dar voz às dores humanas e às feridas sofridas, sendo, por vezes, insuficiente para cumprir uma verdadeira função memorial. Na sua visão, o sistema judicial internacional não está apto a falar sobre o “assassinato em massa de inocentes”, pois é incapaz de enfrentar o dilema político e moral subjacente ao caso: “para que a voz da justiça seja ouvida, o direito deve, por vezes, permanecer em silêncio”²⁴.

Muito mais foi escrito, pelo contrario, sobre os tribunais internacionais penais, considerando que essas jurisdições buscaram explicitamente influenciar narrativas históricas²⁵. Isso é particularmente evidente no Tribunal de Nuremberg e no Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia. Basta lembrar os debates relativos à configuração dessa forma de justiça no pós-Segunda Guerra Mundial como uma justiça dos vencedores, historicamente legitimada por uma posição hegemônica das potências vencedoras, a ponto de certas problemáticas jurídicas fundamentais terem sido negligenciadas, fragilizando, assim, a legitimidade do julgamento de Nuremberg.

Além disso, o papel desses tribunais na fixação de um registro histórico constitui um ponto de controvérsia na literatura. Diversos autores destacaram como o conhecimento da história e do funcionamento da memória coletiva é fundamental nesse contexto. Por exemplo, no caso *Šešelj* perante o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, os juízes majoritários referem-se a um

22 ICJ. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996. ICJ Reports, The Hague, 1996, p. 226.

23 HIRSCH, Moshe. The role of international tribunals in the development of historical narratives, cit., p. 391.

24 KOSKENIEMI, Martti. The silence of law – the voice of justice. In: BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence; SANDS, Philippe (eds.). International law, the International Court of Justice and nuclear weapons. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 488-489, 1999.

25 ZOLO, Danilo. La giustizia dei vincitori: da Norimberga a Baghdad. Roma-Bari: Gius. Laterza & Figli, 2014.

contexto de “guerra de purificação étnica” como sendo uma “reação legítima a uma secessão legal”, posição que foi contestada pela juíza dissidente Flavia Lattanzi²⁶.

Diversos autores conhecidos também criticaram essa função de “produção de história”. Essa crítica aparece, por exemplo, em Koskeniemi ou em Schabas, que discutem os limites e as hierarquias dos objetivos dos tribunais penais internacionais²⁷.

Neste trabalho, contudo, a análise se concentrará no caso particular das cortes internacionais de proteção dos direitos humanos. Isso nos oferece uma perspectiva específica. Ao contrário da Corte Internacional de Justiça, a abordagem dessas cortes é marcada pela centralidade do indivíduo no direito internacional. Em termos mais amplos, essa mudança de enfoque desloca o olhar do poder para o sofrimento individual e altera o prisma por meio do qual se lê e se constrói a memória coletiva.

A ideia de fundo é simples: particularmente os casos de direitos humanos não tratam apenas de violações jurídicas, mas também de feridas individuais e históricas, de traumas particulares e coletivos. Esses casos implicam, portanto, um debate sobre o que uma sociedade decide lembrar ou esquecer. Falar de história e direitos humanos significa, assim, levar a sério essa dimensão memorial dos direitos. É nesse quadro que a análise se voltará para as posições adotadas, a esse respeito, pela Corte Europeia de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

4. A CORTE EDH E A CORTE IADH DIANTE DA MEMÓRIA

Acredito que a comparação entre as duas Cortes permite identificar algumas semelhanças, provavelmente ligadas à própria estrutura do direito internacional dos direitos humanos, mas, sobretudo, diferenças significativas, relacionadas à postura distinta adotada por cada uma. Pretendo, assim, desenhar uma dinâmica *in crescendo*, que constitui o núcleo da minha demonstração, a partir da identificação de algumas tendências.

Há, inicialmente, uma convergência quanto a um núcleo fundamental de ideias. As duas Cortes adotam uma atitude semelhante em relação à passagem do tempo no âmbito da interpretação evolutiva do direito internacional dos direitos humanos e operam escolhas historiográficas evidentes ao qualificar fatos históricos. No entanto, procurarei demonstrar que elas se distanciam quanto

26 ICTY. Prosecutor v. Vojislav Šešelj, Judgment, 31 Mar. 2016. Dissenting opinion, para. 145-146.

27 KOSKENNIEMI, Martti. Between impunity and show trials. Max Planck Yearbook of United Nations Law, Leiden, v. 6, pp. 1-35, 2002; SCHABAS, William. Unimaginable atrocities: Justice, politics and rights at the war crimes tribunals. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 159.

ao seu papel na escrita da história, pois concebem de maneira profundamente distinta sua função historiográfica.

(A) A UTILIZAÇÃO DA PASSAGEM DO TEMPO COMO INSTRUMENTO INTERPRETATIVO

Uma primeira tendência diz respeito ao uso da passagem do tempo como instrumento interpretativo. Na jurisprudência europeia e interamericana, a passagem do tempo é mobilizada como argumento jurídico. Ambas as Cortes a utilizam como uma narrativa de progresso para justificar uma evolução na forma como determinados comportamentos estatais são interpretados²⁸. Essa lógica permite sustentar uma interpretação evolutiva, na qual o passado é reinterpretado à luz dos padrões atuais, de modo que certas práticas que anteriormente não eram consideradas violações passam a ser qualificadas de maneira distinta.

Um exemplo emblemático encontra-se no caso *Selmouni v. France*, da Corte Europeia de Direitos Humanos. Tratava-se de graves abusos cometidos por policiais franceses contra um indivíduo sob custódia, incluindo agressões físicas reiteradas, humilhações e violências físicas e psicológicas. A Corte afirmou que, à luz da elevação progressiva dos padrões de proteção dos direitos fundamentais, tais atos deveriam ser qualificados como tortura, e não apenas como tratamento desumano ou degradante. Com base em sua conhecida doutrina do “instrumento vivo”, concluiu que certos atos que, no passado, haviam sido classificados como tratamento desumano e degradante poderiam, no futuro, ser qualificados de maneira diversa. A Corte ressaltou que o padrão cada vez mais elevado exigido na proteção dos direitos humanos implica, de forma correspondente, maior rigor na avaliação de violações dos valores fundamentais das sociedades democráticas. A passagem do tempo é, assim, apresentada como fundamento dessa evolução interpretativa, sendo-lhe atribuída uma certa forma de agência, como se a mudança jurídica decorresse de um processo quase inevitável²⁹.

De maneira semelhante, a Corte Interamericana de Direitos Humanos inspirou-se nessa abordagem para inaugurar uma “nova fase” em sua própria jurisprudência sobre tortura. No caso *Cantoral Benavides v. Peru*, relativo à detenção arbitrária e aos maus-tratos infligidos por agentes estatais peruanos a um estudante acusado de terrorismo, a Corte afirmou que, à luz da consolidação de um sistema internacional de proibição absoluta da tortura, tais atos deveriam ser qualificados como tortura. A Corte Interamericana praticamente

28 QUIROGA-VILLAMARÍN, Daniel R. An histoire juridique commune? Historiographical frames in European and Inter-American human rights narratives. *The International Journal of Human Rights*, London, 2025. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/13642987.2025.2475018>. Acesso em: 04/04/2026.

29 ECtHR. Case of *Selmouni v. France*, Judgment of 28 July 1999.

parafraseou as fórmulas utilizadas pela Corte Europeia, mas foi além ao mobilizar um conjunto mais amplo de fontes, incluindo não apenas a jurisprudência de Estrasburgo, mas também a Convenção contra a Tortura e o trabalho do comitê especializado. Concluiu, assim, que um verdadeiro sistema internacional de proibição de todas as formas de tortura havia sido estabelecido. Esse raciocínio historiográfico permite à Corte recorrer à voz passiva, como se o tempo, de maneira lenta, mas inevitável, tivesse construído por si mesmo esse sistema³⁰.

Ao apoiar-se na temporalidade, isto é na ideia de uma evolução gradual do direito ao longo do tempo, as Cortes evitam identificar de forma clara os atores e as forças políticas que impulsionaram essa transformação. Invoca-se, assim, um “progresso” que parece existir em um plano abstrato, mas que raramente é demonstrado de maneira concreta.

(B) AS NECESSÁRIAS ESCOLHAS HISTORIOGRÁFICAS NO QUALIFICAR FATOS HISTÓRICOS

Uma segunda tendência consiste no fato de que tanto a Corte Europeia de Direitos Humanos quanto a Corte Interamericana operam escolhas historiográficas evidentes ao qualificar fatos históricos, ainda que nem sempre o admitam expressamente. No caso *Ireland v. the United Kingdom* (1978), relativo à detenção e aos maus-tratos infligidos por autoridades britânicas a suspeitos ligados ao IRA, a Corte Europeia apresentou os fatos no contexto dos *Troubles* na Irlanda do Norte, enfatizando a violência interna e o terrorismo. Esse enquadramento não é neutro: ao situar o caso como uma crise de segurança interna, a Corte analisou as técnicas empregadas à luz da excepcionalidade do contexto e concluiu que não constituíam tortura. Apesar de envolver operações militares e um grupo organizado, a Corte não discutiu a possível qualificação do conflito como conflito armado nem considerou o direito internacional humanitário, delimitando, assim, o quadro jurídico relevante e restringindo o horizonte interpretativo³¹. Como observa Marie-Bénédicte Dembour, essa interpretação restritiva não resistiu ao tempo, sendo posteriormente revista em *Selmouni v. France*, o que demonstra que a forma de narrar o contexto histórico influencia diretamente a qualificação jurídica³².

De maneira semelhante, no caso *Gomes Lund y otros v. Brasil* (2010), relativo às operações militares contra a Guerrilha do Araguaia e ao desaparecimento forçado de militantes, a Corte Interamericana centrou sua análise na

30 IACtHR. Caso Cantoral Benavides vs. Perú (Fondo), Judgment of 18 August 2000.

31 ECtHR. Case of Ireland v. the United Kingdom (Court (Plenary)), Judgment of 18 January 1978.

32 DEMBOUR, M.-B. Beyond reasonable doubt at its worst – but also at its potential best: Dissecting Ireland v. the United Kingdom’s no-torture finding. *European Convention on Human Rights Law Review*, Leiden, v. 4, n. 4, pp. 375-425, 2023.

natureza continuada do desaparecimento forçado. Enquadrou os fatos como graves violações de direitos humanos cometidas em um contexto de repressão autoritária, sem desenvolver uma análise estruturada sobre a existência de um conflito armado interno ou sobre a aplicabilidade do direito internacional humanitário³³. Essa escolha reforçou o foco nas obrigações estatais de verdade, investigação e responsabilização. Em ambos os casos, a definição do ponto de partida histórico, a seleção do contexto relevante e a escolha das categorias jurídicas moldaram decisivamente o resultado, evidenciando que, ao qualificar os fatos, as Cortes não apenas aplicam o direito, mas também constroem narrativas históricas que orientam a memória institucional e os efeitos jurídicos do passado.

(C) DIVERGÊNCIAS NA ACEITAÇÃO DA FUNÇÃO HISTORIOGRÁFICA

Uma terceira tendência revela divergências profundas entre as duas Cortes quanto à forma como assumem (ou recusam) a função historiográfica. A Corte Europeia de Direitos Humanos adota uma postura historicamente minimalista e autolimitada. Afirma reiteradamente que não lhe cabe ser “árbitra da história” nem escrever a história europeia. No caso *Perinçek v. Suíça* (2015), a Grande Câmara afirmou que não precisa transformar-se em historiadora autodidata e que não compete à Corte escrever a história: “The Court does not have to transform itself into a self-taught historian. Courts rule on the facts and the law [...]. The opposing parties at least agree on one point, namely that it is not for the [European] Court [of Human Rights] to write history. The Court shares that view”³⁴. Ao delimitar sua função de maneira estritamente jurídica, a Corte evita assumir um papel ativo na construção ou validação de narrativas históricas controversas, reforçando uma imagem de neutralidade institucional e de autocontenção. Essa postura, no entanto, implica uma escolha: ao recusar-se a arbitrar a história, a Corte decide quais controvérsias permanecerão fora do reconhecimento jurídico formal.

Nesse sentido, o Tribunal distingue entre fatos historicamente estabelecidos (como o Holocausto) e fatos controversos (como a qualificação dos acontecimentos de 1915 como genocídio armênio), destacando a ausência de consenso europeu e invocando a liberdade de expressão para evitar uma qualificação jurídica definitiva. A estratégia baseia-se na evitação de debates sensíveis na ausência de consenso, na afirmação de uma postura de despolitização e na limitação a uma memória mínima e consensual. Essa lógica apresenta, contudo,

33 IACtHR. Caso Gomes Lund y Otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, Judgment of 24 November 2010;

34 ECtHR. Case of Perinçek v. Switzerland (Grand Chamber), Judgment of 15 October 2015, p. 8.

uma fragilidade: como o critério orientador é o consenso, a Corte admite intervir quando há acordo consolidado, mas se abstém em contextos controversos, o que a leva a validar narrativas majoritárias e a evitar posicionamentos contra-majoritários.

Esse paradoxo foi contestado por juízes dissidentes em alguns casos. Em *Janowiec and Others v. Russia*, relativo ao massacre de Katyn, o Tribunal declarou-se incompetente *ratione temporis*, mas reconstruiu detalhadamente o contexto histórico³⁵. Nos votos dissidentes, argumentou-se que a gravidade excepcional dos crimes justificaria a aplicação de uma “cláusula humanitária” que permitiria ao Tribunal agir como “consciência da Europa”³⁶. Embora a maioria tenha recusado essa via, o próprio fato de reconstruir amplamente o passado demonstra que, mesmo ao negar sua função historiográfica, a Corte realiza escolhas narrativas concretas.

Moshe Hirsch qualifica a posição da Corte Europeia como alinhada a uma abordagem estrutural-funcional das memórias coletivas, centrada na preservação da coesão social na sociedade internacional. Nessa perspectiva, tribunais internacionais devem adotar cautela na construção de narrativas históricas, evitando formulações que possam aprofundar divisões, ainda que isso limite sua capacidade de enfrentar memórias conflitivas³⁷.

Em contraste, a Corte Interamericana de Direitos Humanos assume de modo explícito e frequentemente enfático sua função memorial³⁸. Suas decisões, especialmente em casos relativos a ditaduras, desaparecimentos forçados e massacres, incluem extensas reconstruções históricas que ultrapassam o caso individual. No exercício de sua função jurisdicional, a Corte não hesita em interessar-se por narrativas contra-majoritárias.

Um exemplo marcante encontra-se na jurisprudência relativa aos desaparecimentos forçados na América Latina durante a Guerra Fria. No caso *Goiburú y otros v. Paraguay*, ao reconstruir a Operação Condor, a Corte afirmou expressamente que contribuía para preservar a memória histórica regional³⁹. Assim, ao analisar o mérito, não se limita a verificar violações individuais, mas

35 ECtHR. Case of Janowiec and Others v. Russia (Fifth Chamber), Judgment of 16 April 2012, pp. 10-21.

36 ECtHR. Case of Janowiec and Others v. Russia (Fifth Chamber), Joint partly dissenting opinion of Judges Spielmann, Villiger and Nußberger, para. 4.

37 HIRSCH, Moshe. The role of international tribunals in the development of historical narratives, cit., p. 406.

38 HIRSCH, Moshe; BARGUIL, Milad A. Said. Social memory and the impact of commemorative remedies ordered by the Inter-American Court of Human Rights. *Leiden Journal of International Law*, Leiden, v. 36, n. 1, pp. 9-31, 2023.

39 IACtHR. Caso Goiburú et al. vs. Paraguay (Merits, Reparations and Costs), Judgment of 22 September 2006, para. 61(1).

inscreve os fatos em uma narrativa histórica mais ampla, reconhecendo padrões estruturais de repressão e articulando uma memória coletiva latino-americana.

No plano das reparações, a Corte Interamericana vai além da compensação material e adota medidas simbólicas e memoriais. No caso *González y otras* (“*Campo Algodonero*”) *v. México*, determinou a construção de um monumento em homenagem às vítimas de feminicídio⁴⁰. Em *Masacres de Río Negro v. Guatemala*, ordenou a criação de um museu⁴¹. Em *Myrna Mack Chang v. Guatemala*, determinou a concessão de uma bolsa de estudos com o nome da vítima e a atribuição de seu nome a um espaço público⁴². Em *Villagrán Morales y otros* (“*Niños de la Calle*”) *v. Guatemala*, ordenou a designação de um centro educacional com o nome das vítimas e a instalação de uma placa comemorativa, afirmando que tais medidas contribuem para evitar a repetição das violações e para manter viva a memória das vítimas⁴³.

Segundo Moshe Hirsch, essa jurisprudência pode ser compreendida à luz de duas perspectivas dos *memory studies*. A primeira, de caráter simbólico-interacionista, enfatiza a função expressiva dos tribunais internacionais, sobretudo em relação a comunidades regionais, destacando o valor simbólico das decisões e sua capacidade de oferecer formas de reparação memorial. A segunda, centrada no conflito social, sublinha que as memórias coletivas são objeto de disputas intensas, ligadas a relações de poder, e que os tribunais podem desempenhar um papel relevante no apoio a contra-memórias em favor de grupos marginalizados. Essa leitura aproxima-se particularmente da prática da Corte Interamericana, que frequentemente confronta narrativas estatais oficiais e contribui para a construção de uma memória crítica voltada à proteção de grupos vulneráveis⁴⁴.

5 CONCLUSÃO: A NECESSÁRIA REFLEXÃO SOBRE EMOÇÕES POLÍTICAS

Que conclusões podem ser extraídas deste itinerário? A memória não é um efeito colateral do direito internacional dos direitos humanos; ela constitui parte integrante de sua função política. Compreender como as Cortes produzem memória permite, assim, entender de que maneira o direito internacional contribui — ou deixa de contribuir — para processos de justiça, verdade e reparação.

40 IACtHR. Caso González et al. (“Cotton Field Case”) vs. Mexico (Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs), Judgment of 16 November 2009, para. 471.

41 IACtHR. Caso Río Negro Massacres vs. Guatemala (Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs), Judgment of 4 September 2012, paras. 279-280.

42 IACtHR. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala (Merits, Reparations and Costs), Judgment of 25 November 2003, paras. 285-286.

43 IACtHR. Caso “Street Children” (Villagrán-Morales et al.) vs. Guatemala (Reparations and Costs), Judgment of 26 May 2001, para. 103.

44 HIRSCH, Moshe. The role of international tribunals in the development of historical narratives, cit., p. 410.

A análise desenvolvida evidencia, sobretudo, a existência de duas posturas profundamente distintas entre a Corte Interamericana e a Corte Europeia no que diz respeito à escrita da história. A Corte Interamericana insere-se em uma tradição vinculada ao constitucionalismo transformador latino-americano. Sua prática jurisdicional está ancorada na ideia de que o direito deve ser mobilizado como instrumento de transformação social, especialmente em sociedades marcadas pela colonização, por desigualdades estruturais e por experiências recentes de ditadura. Nesse contexto, reconstruir a história — denunciar padrões de repressão, nomear estruturas de violência e produzir uma memória crítica — não representa um excesso interpretativo, mas integra o núcleo de sua missão institucional. A função jurisdicional articula-se, assim, com um projeto mais amplo de reconstrução democrática e de justiça de transição.

A Corte Interamericana adota, portanto, uma abordagem transformadora. Utiliza a memória para revelar estruturas históricas de violência, empoderar as vítimas e promover uma leitura crítica do passado. A escrita judicial torna-se, nesse sentido, um instrumento de contra-memória frente a narrativas oficiais que, durante muito tempo, negaram ou silenciaram violações.

Em contraste, enquanto a Corte Interamericana assume a escrita judicial como instrumento de transformação e de construção ativa da memória coletiva, a Corte Europeia tende a privilegiar a contenção e o consenso, mesmo que isso implique uma autolimitação explícita quanto à elaboração de narrativas históricas. Sua estratégia pode ser compreendida a partir de três elementos principais: evitar debates históricos sensíveis, sobretudo quando não existe um consenso europeu consolidado; afirmar uma postura de despolitização, criando a impressão de que sua função não inclui a produção de memória histórica; e limitar-se a uma memória mínima e consensual, centrada quase exclusivamente no reconhecimento do Holocausto como referência comum europeia.

A maneira como as Cortes mobilizam a história revela, portanto, muito sobre sua visão da ordem internacional. Revela também como compreendem o papel do direito internacional dos direitos humanos na sociedade: seja como ferramenta de transformação, seja como mecanismo de estabilização de dinâmicas de poder.

Nesse ponto, é possível recorrer às reflexões de Anne Orford em sua obra *International Law and the Politics of History*.⁴⁵ As posturas historiográficas adotadas pela Corte Europeia e pela Corte Interamericana parecem ecoar duas formas distintas de compreender a relação entre direito internacional e passado. Enquanto uma perspectiva enfatiza a necessidade de tratar o passado com cautela, evitando projeções anacrônicas e limitando o papel do juiz na

45 ORFORD, Anne. *International law and the politics of history*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021;

escrita da história, a outra reconhece que o direito internacional mobiliza inevitavelmente narrativas históricas e que essas narrativas possuem uma dimensão política e normativa.

Anne Orford sustenta que o direito internacional é, em grande medida, uma prática interpretativa voltada para o passado. Juristas mobilizam constantemente textos, precedentes, doutrinas e narrativas históricas para justificar interpretações do direito no presente. Por essa razão, ela critica abordagens historiográficas que defendem uma contextualização radical dos textos jurídicos — segundo as quais conceitos do passado só poderiam ser compreendidos dentro de seu contexto original —, pois tal posição ignora a forma como o direito efetivamente opera na prática. Para Orford, a história do direito internacional constitui também um campo de disputa política, no qual diferentes narrativas sobre o passado são mobilizadas para legitimar projetos jurídicos concorrentes. Diante disso, propõe que os internacionalistas assumam de maneira consciente e reflexiva esse uso do passado, defendendo um emprego crítico da história que permita não apenas compreender, mas também transformar o direito internacional.

A partir dessas constatações, torna-se possível investigar como essas duas Cortes lidam com as emoções políticas coletivas. A memória coletiva influencia frequentemente as emoções individuais: recordar determinados eventos pode gerar orgulho, mas também pode suscitar vergonha ou trauma. Essa dimensão emocional da memória ocupa, assim, um lugar central na comunidade internacional e na construção das identidades políticas.

Essa reflexão insere-se, por fim, em uma agenda de pesquisa mais ampla sobre direito internacional dos direitos humanos e emoções. A análise da dimensão histórica permite examinar como o direito internacional dos direitos humanos contribui para moldar memórias coletivas e, consequentemente, como essas memórias influenciam as emoções políticas mobilizadas em torno dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ARCHIBALD, Robert R. et al. *Social memory and history: Anthropological perspectives*. New York: Bloomsbury Publishing USA, 2002.

BERNECKER, Sven; MICHAELIAN, Kourken (eds.). *The Routledge handbook of philosophy of memory*. London: Routledge, 2017.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (ECtHR). *Case of Ireland v. the United Kingdom*, Judgment of 18 January 1978.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (ECtHR). *Case of Janowiec and Others v. Russia*, Judgment of 16 April 2012.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (ECtHR). *Case of Janowiec and Others v. Russia*, Joint partly dissenting opinion of Judges Spielmann, Villiger and Nußberger.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (ECtHR). *Case of Perinçek v. Switzerland* (Grand Chamber), Judgment of 15 October 2015.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (ECtHR). *Case of Selmouni v. France*, Judgment of 28 July 1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (IACtHR). *Caso “Street Children” (Villagrán-Morales et al.) vs. Guatemala*, Judgment of 26 May 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (IACtHR). *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*, Judgment of 18 August 2000.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (IACtHR). *Caso Goiburú et al. vs. Paraguay*, Judgment of 22 September 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (IACtHR). *Caso Gomes Lund y Otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, Judgment of 24 November 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (IACtHR). *Caso González et al. (“Campo Algodonero”) vs. México*, Judgment of 16 November 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (IACtHR). *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Judgment of 25 November 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (IACtHR). *Caso Río Negro Massacres vs. Guatemala*, Judgment of 4 September 2012.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (ICJ). *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996.

DEMBOUR, Marie-Bénédicte. Beyond reasonable doubt at its worst – but also at its potential best: Dissecting Ireland v. the United Kingdom’s no-torture finding. *European Convention on Human Rights Law Review*, Leiden, v. 4, n. 4, p. 375-425, 2023.

ERLL, Astrid. Travelling memory. In: ERLL, Astrid; RIGNEY, Ann (eds.). *Trans-cultural memory*. London: Routledge, p. 17-31, 2016.

ERLL, Astrid. *Kollektives Gedächtnis und Erinnerungskulturen: Eine Einführung*. Berlin: Springer-Verlag, 2017.

GENSBURGER, Sarah. Halbwachs' studies in collective memory: A founding text for contemporary "memory studies"? *Journal of Classical Sociology*, London, v. 16, n. 4, p. 396-413, 2016.

HALBWACHS, Maurice. *On collective memory*. London: University of Chicago Press, 1992.

HIRSCH, Moshe. Collective memory and international law. *ESIL Reflections*, Florence, v. 3, n. 7, 2014. Disponível em: https://esil-sedi.eu/fr/post_name-136/. Acesso em: 04 abr. 2026.

HIRSCH, Moshe. *Invitation to the sociology of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

HIRSCH, Moshe. The role of international tribunals in the development of historical narratives. *Journal of the History of International Law*, Leiden, v. 20, n. 4, p. 391-428, 2019.

HIRSCH, Moshe. Uses of history and collective memories by international courts and tribunals. In: *Max Planck Encyclopedias of International Law*. Oxford, 2018.

HIRSCH, Moshe; BARGUIL, Milad A. Said. Social memory and the impact of commemorative remedies ordered by the Inter-American Court of Human Rights. *Leiden Journal of International Law*, Leiden, v. 36, n. 1, p. 9-31, 2023.

KAUFMANN, J. N. Foucault historien et "historien" du présent. *Dialogue: Canadian Philosophical Review / Revue canadienne de philosophie*, Cambridge, v. 25, n. 2, p. 223-238, 1986.

KOSKENNIEMI, Martti. Between impunity and show trials. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Leiden, v. 6, p. 1-35, 2002.

KOSKENNIEMI, Martti. The silence of law – the voice of justice. In: BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence; SANDS, Philippe (eds.). *International law, the International Court of Justice and nuclear weapons*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 488-489.

NORA, Pierre. Between memory and history: Les lieux de mémoire. *Representations*, Berkeley, n. 26, p. 7-24, 1989.

NORA, Pierre. Entre memória e história: a problemática dos lugares. *Projeto História: Revista do Programa de Estudos Pós-Graduados de História*, São Paulo, n. 10, p. 7-28, 1993.

NUSSBAUM, Martha C. *Political emotions: why love matters for justice*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2013.

ORFORD, Anne. *International law and the politics of history*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.

QUIROGA-VILLAMARÍN, Daniel R. An histoire juridique commune? Historiographical frames in European and Inter-American human rights narratives. *The International Journal of Human Rights*, London, 2025. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/13642987.2025.2475018>. Acesso em: 04 abr. 2026.

RICOEUR, Paul. Mémoire, histoire, oubli. *Esprit*, Paris, n. 3, p. 20-29, 2006.

RICOEUR, Paul. Mémoire: approches historiennes, approche philosophique. *Le Débat*, Paris, n. 122, p. 41-61, 2002.

SIMPSON, Gerry. *The sentimental life of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2021.

TAMM, Marek. Beyond history and memory: New perspectives in memory studies. *History Compass*, Oxford, v. 11, n. 6, p. 458-473, 2013.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA (ICTY). *Prosecutor v. Vojislav Šešelj*, IT-03-67-T, Judgment of 31 March 2016. Dissenting opinion, para. 145-146.

ZERUBAVEL, Eviatar. Social memories: Steps to a sociology of the past. *Qualitative Sociology*, New York, v. 19, n. 3, p. 283-299, 1996.

ZOLO, Danilo. *La giustizia dei vincitori: da Norimberga a Baghdad*. Roma-Bari: Gius. Laterza & Figli, 2014.

ENTRE A NORMA E O CORPO: TRANSFOBIA INSTITUCIONAL, DIREITOS DA PERSONALIDADE E A PRODUÇÃO DA INVISIBILIDADE TRANS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

BETWEEN THE NORM AND THE BODY: INSTITUTIONAL TRANSPHOBIA, PERSONALITY RIGHTS AND THE PRODUCTION OF TRANS INVISIBILITY IN THE BRAZILIAN PRISON SYSTEM

FLÁVIO MARCOS DE OLIVEIRA VAZ CALDERARO¹

DANIELA COSTA SOARES MATTAR²

ALEXANDRE GUSTAVO MELO FRANCO BAHIA³

RESUMO

O presente artigo examina, sob perspectiva metodológica jurídico-social, as violações aos direitos da personalidade de pessoas transgêneras no sistema prisional brasileiro. O estudo parte do dado incontornável de que o Brasil ocupa, pelo décimo oitavo ano consecutivo, a primeira posição no ranking mundial de homicídios de pessoas trans, conforme documentado pelo *Trans Murder Monitoring* 2025, da *Transgender Europe*, e pelo 9.º Dossiê da ANTRA. Investiga-se de que modo o ambiente carcerário intensifica estruturas de exclusão preexistentes, convertendo em experiência cotidiana o que o ordenamento constitucional proibiu como princípio. O método empregado é a revisão bibliográfica sistemática articulada à análise jurisprudencial e documental. O trabalho organiza-se em quatro eixos: os fundamentos filosóficos e constitucionais dos direitos da personalidade; a identidade de gênero como direito fundamental autônomo à luz da ADI. n. 4.275/DF e da ADPF. n. 347/DF; a transfobia institucional como violência

ABSTRACT

This article examines, from a socio-legal methodological perspective, violations of the personality rights of transgender people in the Brazilian prison system. The study departs from the finding that Brazil has ranked first worldwide in transgender homicides for the eighteenth consecutive year, as documented by the Trans Murder Monitoring 2025 of Transgender Europe and the 9th ANTRA (National Association of Travestis and Transsexuals) Dossier. The research investigates how the prison environment intensifies pre-existing structures of exclusion, transforming into daily experience what constitutional law prohibits as a matter of principle. The method consists of systematic bibliographic review combined with jurisprudential and documentary analysis. The work is organized around four axes: the philosophical and constitutional foundations of personality rights; gender identity as an autonomous fundamental right under

- 1 Pós-Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Doutor e Mestre em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Fundação Universidade de Itaúna. Professor de Direito da Universidade Professor Edson Antônio Vellano (UNIFENAS) e da Faculdade Anhanguera. E-mail: fmozav@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5836-6131>
- 2 Doutora em Direitos Fundamentais (UIT). Professora da Universidade Edson Antônio Vellano (UNIFENAS). E-mail: dcsmttar@terra.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9459-3278>
- 3 Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Bolsista de Produtividade do CNPq. E-mail: alexprocesso@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5461-7848>

estrutural produtora de invisibilidade jurídica; e as insuficiências das políticas vigentes de encarceramento de pessoas trans. O texto objetiva mostrar que o reconhecimento normativo, desacompanhado de transformação cultural e institucional, não basta para a proteção efetiva desses direitos, e que a plena efetivação da dignidade humana no cárcere pressupõe a superação do binarismo de gênero sobre o qual repousa o modelo punitivo nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade da Pessoa Humana. Direitos da Personalidade. Transfobia Institucional. Sistema Prisional. Invisibilidade Jurídica.

ADI. (Direct Action for the Declaration of Unconstitutionality) n. 4.275/DF and ADPF. (Action Against a Violation of a Constitutional Fundamental Right) n. 347/DF; institutional transphobia as structural violence producing legal invisibility; and the inadequacies of current incarceration policies for transgender people. The essay aims to show that normative recognition alone, unaccompanied by cultural and institutional transformation, is insufficient for the effective protection of these rights, and that the full realization of human dignity in prison requires overcoming the gender binary upon which the national punitive model rests.

KEYWORDS: Human Dignity. Personality Rights. Institutional Transphobia. Prison System. Legal Invisibility.

1. INTRODUÇÃO

A violência contra pessoas transgêneras no Brasil excede a dimensão material das agressões físicas: inscreve-se num processo sistemático de apagamento da subjetividade. Não se trata de fenômeno aleatório. Obedece a lógicas de produção e reprodução social das normas de gênero que determinam quais corpos são reconhecidos como inteligíveis, quais identidades o direito ampara e, por consequência, quais vidas o Estado protege. No interior do sistema prisional, essa violência assume contornos ainda mais agudos: a supressão da identidade torna-se experiência constitutiva para os indivíduos privados de liberdade cuja expressão de gênero diverge das categorias binárias sobre as quais repousa a organização institucional do cárcere.

Há um paradoxo que o Brasil não pode ignorar. Embora a Constituição Federal de 1988 consagre a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República e o Supremo Tribunal Federal tenha firmado precedentes de vanguarda sobre identidade de gênero como direito fundamental, além de ter dado decisões específicas sobre o Estado de Coisas Inconstitucional do Sistema Prisional (ADPF. n. 347) e, noutra ação sobre a alocação correta de pessoas trans/travestis, discutido questões sobre saúde/integridade física daqueles (ADPF. n. 527), os índices de letalidade contra a população trans persistem em níveis que situam o país em posição de liderança negativa no plano internacional. Segundo o *Trans Murder Monitoring 2025*, publicado pela *Transgender Europe* (TGEU) em novembro de 2025, o Brasil ocupa a primeira posição no *ranking* mundial de assassinatos de pessoas trans pelo décimo oitavo ano consecutivo, respondendo por aproximadamente 30% dos casos globais, num total de 281 homicídios registrados entre outubro de 2024 e setembro de 2025.⁴

4 TGEU, 2025.

O 8.º Dossiê da Associação Nacional de Travestis e Transexuais (AN-TRA), lançado em janeiro de 2025 com dados relativos ao ano de 2024, registrou 122 assassinatos de pessoas trans no Brasil, com média de dez mortes mensais, representando redução de 16% em relação ao ano anterior. Desse total, 117 vítimas eram travestis ou mulheres transexuais (95,9%), dado que, ao se repetir sistematicamente desde o início da série histórica, evidencia a especificidade da violência de gênero direcionada às pessoas trans e a concentração do risco sobre corpos transfemininos.⁵⁶

No âmbito prisional, essa violência é amplificada por estruturas institucionais que, ao recusarem o reconhecimento da identidade de gênero das pessoas custodiadas, produzem um efeito de apagamento jurídico de alcance sistêmico. Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do 2.º semestre de 2024, divulgado pela Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN) em abril de 2025, o Brasil contava com 909.067 pessoas privadas de liberdade.⁷

A hipótese central deste artigo é a de que as falhas na proteção de pessoas trans no cárcere não são acidentais, mas estruturais. Decorrem de uma organização penal edificada sobre uma ontologia binária de gênero que atravessa desde os critérios de alocação nos estabelecimentos prisionais até os instrumentos de coleta de dados penitenciários. Superar esse quadro demanda mais do que ajustes normativos pontuais: requer uma revisão epistêmica das premissas sobre as quais o modelo punitivo brasileiro foi construído.

Para tanto, o presente trabalho articula, sob perspectiva metodológica jurídico-social, aportes do direito constitucional, da teoria dos direitos da personalidade, da criminologia crítica e de dados empíricos produzidos sobre o sistema prisional e a violência transfobia no Brasil. A perspectiva jurídico-social se mostra no texto na medida em que o fenômeno jurídico problematizado – a violação dos direitos de pessoas trans encarceradas em razão de transfobia institucional – é discutido para além de um problema de adequação da dogmática jurídica. Toma-se o Direito inserido na sociedade e são trabalhadas questões como a efetividade das relações entre Direito e Sociedade de forma a discutir respostas contraditórias que o Direito estabelece, no caso, com o campo socio-cultural,⁸ uma vez que aqui o problema não é a falta de normativas – de variados graus –, mas o questionamento quanto a demandas/expectativas sociais e jurídicas: o que se quer com a alocação e manutenção de pessoas trans no cárcere? De todo o material jurisprudencial, normativo e doutrinário fica claro o

5 ANTRA, 2025, p. 1-5.

6 ANTRA, 2025, p. 8.

7 SENAPPEN, 2025.

8 GUSTIN; DIAS; NICÁCIO, 2020.

descompasso entre o que o discurso enuncia e o que vem sendo feito sistemática e estruturalmente.

O método consiste na revisão bibliográfica sistemática conjugada à análise jurisprudencial e documental, com recorte temporal prioritário entre 2014 e 2025, período de significativa efervescência doutrinária e jurisprudencial sobre o tema. Ainda, quanto a questões metodológicas, a revisão bibliográfica sistemática privilegiou obras e artigos publicados entre 2014 e 2025, selecionados pelo critério de pertinência temática direta com a intersecção entre identidade de gênero, transfobia institucional e sistema prisional. A análise jurisprudencial concentrou-se nos precedentes vinculantes do Supremo Tribunal Federal relativos à identidade de gênero e ao sistema penitenciário, com destaque para a ADI. n. 4.275/DF, a ADPF. n. 347/DF e a ADPF 527/DF, complementada pela análise documental de resoluções do Conselho Nacional de Justiça, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e de relatórios produzidos pela SENAPPEN, pela ANTRA e pela *Transgender Europe*. A operacionalização do método consistiu no cotejo entre os fundamentos doutrinários e jurisprudenciais reunidos no primeiro eixo do artigo e os dados empíricos apresentados nos eixos subsequentes, procedimento que permite verificar, à luz das matrizes teóricas adotadas, se o reconhecimento normativo da identidade de gênero se traduz, ou não, em proteção efetiva no ambiente carcerário.

O referencial teórico que conduz a análise articula duas matrizes conceituais que se comunicam ao longo de todo o trabalho. Da teoria da performatividade de gênero de Judith Butler retira-se a premissa de que as identidades não preexistem às normas sociais, mas são por elas constituídas mediante repetição regulada de atos, o que autoriza interpretar a recusa institucional ao reconhecimento da identidade trans como ato de violência simbólica, e não como mera falha administrativa. Do conceito de violência estrutural formulado por Johan Galtung extrai-se a chave analítica que permite compreender o cárcere não como espaço neutro no qual a transfobia eventualmente ocorre, mas como estrutura que a produz e a reproduz de modo sistemático. A leitura interseccional de Kimberlé Crenshaw atravessa as duas matrizes, conferindo densidade à análise dos dados de raça e classe que marcam a população trans encarcerada. É a partir dessa articulação teórica, e não da simples justaposição de referências, que o presente artigo examina as violações aos direitos da personalidade no sistema prisional brasileiro.

O trabalho organiza-se em quatro eixos: os fundamentos filosóficos e constitucionais dos direitos da personalidade; a identidade de gênero como direito fundamental autônomo à luz da ADI. n. 4.275/DF e da ADPF. n. 347/DF; a transfobia institucional como violência estrutural produtora de invisibilidade jurídica; e as insuficiências das políticas vigentes de encarceramento de pessoas trans.

2. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA IDENTIDADE DE GÊNERO E A TRANSFOBIA COMO VIOLÊNCIA ESTRUTURAL

A tutela jurídica autônoma da identidade de gênero exige, antes de mais, precisão conceitual. Identidade de gênero não se confunde com orientação sexual: aquela diz respeito à experiência interna e individual do próprio gênero, que pode ou não coincidir com o sexo registrado ao nascimento, abrangendo o sentido subjetivo que o sujeito atribui ao próprio corpo e à sua expressão social; esta concerne ao padrão de atração afetivo-sexual em relação a outras pessoas. Judith Butler, ao elaborar a teoria da performatividade de gênero, evidenciou que as categorias de gênero não descrevem uma identidade preexistente, mas a constituem mediante repetição regulada de atos e práticas sociais. O que denominamos identidade é, nessa perspectiva, o efeito sedimentado de uma performance institucionalmente imposta.⁹

Essa formulação tem implicações jurídicas de relevo. Se o gênero é performativo e não essencial, a imposição estatal/social de uma identidade de gênero fundada em características anatômicas observadas no nascimento configura violência simbólica que priva o sujeito de sua condição de autor de si mesmo. Do ponto de vista filosófico, a fundamentação mais sólida para a proteção jurídica da identidade de gênero radica na autonomia ética kantiana: cada indivíduo deve ser tratado como fim em si mesmo, jamais como instrumento de classificações burocráticas que lhe são impostas de fora.^{10 11}

A teoria dos direitos da personalidade, construída na tradição jusprivatista e acolhida pelo ordenamento brasileiro nos arts. 11 a 21 do Código Civil de 2002, fornece o instrumental dogmático adequado para a proteção jurídica da identidade. Esses direitos distinguem-se pela intransmissibilidade, irrenunciabilidade, imprescritibilidade e oponibilidade *erga omnes*. Compõem esse núcleo inviolável, entre outros atributos, o direito ao nome, ao corpo, à imagem e à honra. A identidade de gênero, nas dimensões nominal, corporal e expressiva, integra esse conjunto como elemento constitutivo da própria pessoa.¹²

No plano constitucional, a proteção da identidade de gênero deriva do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CRFB/88), do direito ao livre desenvolvimento da personalidade implícito no sistema constitucional e reconhecido pelo STF como direito fundamental de matriz constitucional, do princípio da igualdade sem discriminação (arts. 3.º, IV e 5.º, *caput* e XLI) e do direito à saúde (art. 196). O marco jurisprudencial mais relevante é a ADI. n. 4.275/DF, julgada pelo Tribunal Pleno em 1.º de março de 2018 e publicada em

9 BUTLER, 2003, p. 23-55.

10 BUTLER, 2003, p. 48-55. V. também SARLET, 2015, p. 49-75.

11 KANT, 2007, p. 68-71.

12 TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2014, v. I, p. 31-38.

março de 2019. Por maioria de votos, o STF reconheceu às pessoas transgêneras o direito à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil, independentemente de cirurgia de transgenitalização, tratamentos hormonais ou laudos médicos.¹³¹⁴¹⁵

O acórdão, redigido pelo Ministro Edson Fachin, fixou que a identidade de gênero é expressão da própria personalidade humana e que ao Estado cabe unicamente reconhecê-la, jamais constituí-la por ato de autoridade. O Ministro Luís Roberto Barroso, em voto de notável substância doutrinária, anotou que a identidade de gênero integra o direito à autodeterminação pessoal, corolário indissociável da dignidade humana, e que condicionar esse reconhecimento a intervenções médicas invasivas seria impor ao indivíduo um ônus desproporcional e constitucionalmente inadmissível. O precedente vincula, nos termos do art. 102, § 2.º, da Constituição Federal, todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, incluindo, portanto, a administração penitenciária.¹⁶

No plano do direito internacional, os Princípios de Yogyakarta, adotados em 2006 e atualizados em 2017 (Yogyakarta+10), afirmam, no Princípio 3, que toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica em qualquer lugar, devendo a identidade de gênero autodefinida ser considerada fundamental para esse reconhecimento. Por outro lado, as “Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos” (Regras de Mandela, 2015) estabelecem, nas Regras 1 e 2, que todos os reclusos devem ser tratados com o respeito inerente à dignidade humana, sem discriminação de qualquer espécie.¹⁷¹⁸

A violação estatal da identidade de gênero configura, assim, lesão à personalidade passível de tutela inibitória, ressarcitória e satisfativa, nos termos dos arts. 12 e 186 do Código Civil e do art. 5.º, X, da Constituição Federal. No contexto carcerário, a especificidade da questão reside em que o próprio violador é o Estado: aquele que exerce a custódia é, simultaneamente, quem suprime os direitos mais elementares da pessoa custodiada, instituindo uma relação de dominação que reproduz, no espaço intramuros, as hierarquias transfóbicas prevalentes no tecido social.

Se a identidade de gênero encontra, no plano jurídico-dogmático, reconhecimento como direito da personalidade, a experiência concreta das pessoas trans revela que esse reconhecimento normativo não neutraliza, por si só, as

13 BRASIL. STF, RE n. 477.554 AgR/MG, 2011.

14 BRASIL. STF, ADI 4.275/DF, 2019.

15 STF, ADI 4.275/DF, 2019. Ementa: reconhecimento do direito das pessoas transgêneras à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil, independentemente de cirurgia de transgenitalização, tratamentos hormonais ou laudos médicos.

16 STF, ADI 4.275/DF, voto do Min. Luís Roberto Barroso, p. 4-6 do voto.

17 PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2006/2017, Princípio 3.

18 ONU. Regras de Mandela, 2015, Regras 1 e 2.

estruturas sociais que produzem sua exclusão. A transfobia exercida pelo Estado não se reduz ao preconceito isolado de agentes públicos: apresenta-se como tecnologia de regulação social que penaliza os sujeitos que transgridem as fronteiras normativas de gênero, perpetuando, por mecanismos institucionais, a hierarquia cisnormativa que estrutura as relações sociais. O conceito de violência estrutural, elaborado por Johan Galtung, nomeia precisamente esse fenômeno: uma violência que não se expressa necessariamente por meio de um agressor identificável, mas que está inscrita nas estruturas sociais e institucionais, produzindo dano sistemático sobre grupos específicos.¹⁹

Judith Butler, ao elaborar o conceito de vidas precárias, mostrou que as normas de gênero operam por meio de sua capacidade de atribuir ou recusar inteligibilidade social. Aqueles cujos corpos e identidades não se adequam às categorias binárias hegemônicas são lançados numa zona de precariedade ontológica, em que sua existência é continuamente questionada, deslegitimada e exposta a violências desproporcionais. Nesse quadro teórico, a violência contra pessoas trans não é fenômeno marginal: é o efeito previsível de um sistema normativo que produz ativamente sua vulnerabilidade.²⁰

Os dados empíricos confirmam essa leitura. Segundo o 8.º Dossiê da ANTRA (2025), dos 122 assassinatos de pessoas trans registrados no Brasil em 2024, 117 (95,9%) tiveram como vítimas travestis ou mulheres transexuais. Do total de casos com identificação racial, ao menos 78% das vítimas eram negras ou pardas, percentual que se mantém estável desde o início da série histórica, evidenciando a interseccionalidade das opressões de gênero e raça que caracteriza o padrão de vulnerabilidade das pessoas trans no Brasil.²¹ Esse cruzamento entre dados de gênero e de raça não é meramente ilustrativo: impõe à dogmática jurídica um deslocamento metodológico, exigindo que a proteção da identidade de gênero seja lida em diálogo permanente com categorias analíticas capazes de explicar por que a violência letal recai, de modo desproporcional, sobre corpos trans negros. Sem esse diálogo, a resposta jurídica corre o risco de tratar como neutro um fenômeno que é, em sua origem e em seus efeitos, racializado.

A expectativa de vida estimada pelo movimento social organizado para mulheres trans no país gira em torno de 35 anos, dado que o próprio Estado não produz oficialmente, o que é, por si só, revelador da invisibilidade estatística aqui analisada. Dado novo e particularmente grave, trazido pelo *Trans Murder Monitoring 2025*: pela primeira vez, 14% dos assassinatos globais envolveram ativistas e lideranças do movimento trans, ante 9% em 2024 e 6% em 2023, sinalizando uma escalada de violência dirigida a quem organiza e denuncia.²²

19 GALTUNG, 1969, p. 170-171.

20 BUTLER, 2015, p. 13-54; BOMFIM; SALLES; BAHIA, 2020.

21 CRENSHAW, 1991; LÓPEZ, 2016.

22 NTRA, 2025, p. 12-14 e 15.

No sistema prisional essa invisibilidade é aprofundada por estruturas de dominação que se retroalimentam. Segundo o Levantamento de Informações Penitenciárias do 2.º semestre de 2024 (SENAPPEN/SISDEPEN), o Brasil contava com 909.067 pessoas privadas de liberdade, consolidando-se como o terceiro maior sistema carcerário do mundo. O SISDEPEN não desagrega sistematicamente os dados por identidade de gênero, o que inviabiliza a construção de diagnósticos nacionais precisos sobre a situação das pessoas trans no cárcere. Os dados do 1.º semestre de 2025 indicam 941.752 pessoas em cumprimento de pena, confirmando a expansão contínua do encarceramento. As informações sobre a população LGBTQIA+ custodiada, quando existem, carecem de padronização metodológica, regularidade e consistência entre as unidades da federação. Essa lacuna não é neutra: ao não nomear nem contabilizar essa população de modo sistemático, o Estado opera, por omissão deliberada, uma forma de violência política que autoriza a perpetuação dos abusos.^{23 24}

A invisibilidade institucional converte situações rotineiras em episódios de constrangimento e violação. O acesso a serviços de saúde, o uso de instalações sanitárias, a definição do gênero do agente encarregado da revista pessoal, a manutenção da hormonioterapia, o uso do nome social e a possibilidade de expressar a identidade de gênero nas visitas convertem-se em arenas de disputa permanente nos estabelecimentos penais. Quando o Estado recusa o reconhecimento da identidade de gênero da pessoa custodiada, a violação do direito da personalidade deixa de ser episódica para tornar-se constitutiva da experiência do encarceramento.

A violência física praticada por outros detentos contra pessoas trans merece exame em separado. Em estabelecimentos de regime masculino, onde mulheres transexuais e travestis são frequentemente alocadas em contradição com sua identidade de gênero, a exposição à violência sexual, ao assédio e a agressões físicas apresenta-se como padrão documentado, não como exceção. Ao efetuar essa alocação, a administração penitenciária não apenas submete essas mulheres a risco previsível e evitável, mas assume a posição de garante da integridade física e psíquica das pessoas sob sua custódia, nos termos do art. 5.º, XLIX, da Constituição Federal. A omissão nessa função configura responsabilidade objetiva do Estado por danos decorrentes de falha no dever de guarda, nos termos do art. 37, §6.º, da CRFB/88 e da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores.²⁵

23 SENAPPEN, 2025. O 2.º semestre de 2024 registrou 909.067 pessoas privadas de liberdade no total do sistema (674.016 em custódia física e 235.051 em prisão domiciliar).

24 BOMFIM; SALLES; BAHIA, 2020.

25 BRASIL. STF, RE 841.526/RS, 2016 (Tema 592); STJ, AgInt no AREsp 1.673.062/SP, 2021.

3. O CÁRCERE COMO ESPAÇO DE INTENSIFICAÇÃO DA TRANSFOBIA: ALOCAÇÃO INSTITUCIONAL E DIREITO À SAÚDE

Em outubro de 2023 o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento da ADPF. n. 347/DF, reconhecendo, por expressiva maioria, a existência de um estado de coisas inconstitucional (ECI) no sistema carcerário brasileiro. O conceito foi importado da jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia, notadamente da Sentencia T-025/04, e caracteriza-se pela violação massiva, generalizada e estrutural de direitos fundamentais decorrente da omissão persistente de múltiplos órgãos estatais, de tal forma que nenhuma medida isolada seria suficiente para sanar o problema.²⁶⁻²⁷

O acórdão, redigido pelo Ministro Luís Roberto Barroso, determinou medidas urgentes voltadas ao enfrentamento da superlotação, das condições degradantes de custódia e da insuficiência de assistência jurídica, de saúde e educacional à população carcerária. Para as pessoas trans, o reconhecimento do ECI adquire relevância redobrada: se as condições gerais do sistema já foram declaradas estrutural e massivamente inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, as condições específicas a que se submetem os grupos mais vulneráveis no interior do cárcere alcançam um grau de intolerabilidade jurídica que exige resposta institucional diferenciada e imediata.

Não obstante, a distância entre o texto normativo e a realidade concreta permanece expressiva, como atestam os relatórios das Defensorias Públicas estaduais e os estudos acadêmicos produzidos desde sua publicação.²⁸

A política de alas separadas para pessoas LGBTQIA+ privadas de liberdade envolve dilema ético e jurídico de considerável complexidade. Do ponto de vista imediato, há evidências de que a separação física pode reduzir a incidência de agressões por outros detentos, protegendo a integridade das pessoas trans de violências previsíveis e sistemáticas nos pavilhões masculinos gerais. Contudo, a análise não pode se encerrar nesta constatação inicial.²⁹

Pesquisas etnográficas e estudos de caso realizados em estabelecimentos que adotam o modelo de alas separadas documentam efeitos colaterais preocupantes. Tais alas são frequentemente instaladas nos espaços mais precários dos estabelecimentos penais, com acesso limitado a programas de trabalho, educação e assistência jurídica. Esse conjunto de restrições compromete a progressão

26 BRASIL. STF, ADPF 347/DF, 2023a.

27 COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T-025/04, 2004. O conceito de ECI exige: (i) violação massiva de direitos fundamentais; (ii) omissão de múltiplos órgãos estatais; e (iii) necessidade de resposta estrutural e não apenas individual.

28 BRASIL. CNPCP; CNCD, Resolução Conjunta n. 1/2014; CNPCP; CNCD, Resolução Conjunta n. 1/2014, arts. 3.º, 4.º e 5.º; SOW, 2026.

29 FERREIRA, 2015, p. 88-104.

de regime e a perspectiva de reinserção social, violando não apenas o direito à igualdade, mas também a finalidade ressocializadora da pena, expressamente consagrada no art. 1.º da Lei de Execução Penal.³⁰

Nessa configuração, a ala separada não protege: segrega sob aparência de proteção, reproduzindo no espaço intramuros a lógica do confinamento dentro do confinamento. No plano jurídico, substitui-se uma violação manifesta por outra menos visível, porém igualmente inconstitucional. A efetividade protetiva dessas alas é, portanto, condicionada à garantia de igualdade substancial no acesso a programas e serviços, condição que, na prática institucional brasileira, raramente se concretiza.

A criminologia crítica permite compreender o encarceramento de pessoas trans não como fenômeno neutro, mas como mecanismo de controle social diferenciado. Eugenio Raúl Zaffaroni demonstrou que o sistema penal opera seletivamente, incidindo de forma desproporcional sobre os segmentos sociais mais vulnerabilizados, enquanto Salo de Carvalho, ao desenvolver o conceito de criminologia *queer*, evidencia que o poder punitivo atua como dispositivo de gestão das dissidências de gênero e sexualidade, utilizando o cárcere não apenas como resposta à criminalidade, mas como mecanismo de produção e reprodução das normas de gênero.³¹

Se a análise da alocação prisional evidencia como a arquitetura institucional do cárcere reproduz a lógica binária de gênero, essa mesma lógica projeta efeitos igualmente graves sobre outra dimensão da dignidade da pessoa custodiada: o direito à saúde. O direito à saúde integral de pessoas transgêneras privadas de liberdade reclama atenção específica, tanto pela sua centralidade para a dignidade humana quanto pelas consequências concretas de sua negação sobre a integridade física e psíquica das pessoas custodiadas. O art. 196 da Constituição Federal consagra a saúde como direito universal e dever estatal. Esse dever não se suspende com a privação de liberdade; ao contrário, intensifica-se, pois o Estado, ao exercer o poder de custódia, assume a posição de garante da integridade do indivíduo.

No âmbito do Sistema Único de Saúde, a Portaria n.º 2.803/2013 do Ministério da Saúde redefine e amplia o Processo Transexualizador, estabelecendo diretrizes para o atendimento hormonal e cirúrgico de pessoas trans. Esse ato normativo, lido em conjunto com a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP), instituída pela Portaria Interministerial n.º 1/2014, constitui o marco normativo que deveria assegurar a continuidade dos tratamentos hormonais no ambiente prisional. O que se constata na prática, porém, é a interrupção sistemática

30 FERREIRA, 2015, p. 88-145; BRASIL. CNJ, 2021, p. 44-62; QUEIROZ, 2015, p. 44-78; CARVALHO, 2012, p. 154-160.

31 ZAFFARONI, 1991, p. 15-18.

desses tratamentos no momento da entrada no sistema, seja por ausência de protocolos administrativos adequados, seja por resistência dos gestores dos estabelecimentos.^{32 33 34}

A interrupção da hormonioterapia produz efeitos físicos e psicológicos severos e clinicamente documentados. Do ponto de vista somático, a descontinuidade do tratamento pode reverter características sexuais secundárias conquistadas ao longo de anos, gerando sofrimento corporal intenso. Do ponto de vista psíquico, a interrupção está associada a quadros de depressão grave e risco aumentado de automutilação. Esses efeitos constituem, sob a perspectiva jurídica, tratamento cruel, desumano ou degradante, expressamente vedado pelo art. 5.º, III, da Constituição Federal e pelo art. 7.º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.³⁵

A perspectiva interseccional é igualmente indispensável para a compreensão das necessidades de saúde dessa população. Como demonstra Berenice Bento, a grande maioria das pessoas trans que ingressa no sistema prisional é negra, jovem e proveniente de contextos de extrema vulnerabilidade socioeconômica, tendo exercido com frequência o trabalho sexual como única alternativa de subsistência diante da exclusão do mercado formal de trabalho. Essas condições de vida pregressas resultam em estado de saúde geralmente mais comprometido no momento da entrada no sistema, o que exige uma política de saúde prisional formulada com sensibilidade às determinantes sociais da saúde dessa população.³⁶

O Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução n.º 348/2020, fixou diretrizes e procedimentos a serem observados pelo Poder Judiciário no tratamento da população LGBTQIA+ em privação de liberdade. O instrumento representa avanço normativo relevante, mas sua implementação efetiva depende da qualificação dos magistrados com competência em execução penal e da adoção de protocolos administrativos pelos estabelecimentos penais, medidas que ainda não foram universalizadas no território nacional. Vale lembrar que, em razão da ADPF n. 527, sobre a alocação e as condições de pessoas trans/travestis nos presídios, o CNJ alterou aquela Resolução em 2021, para adequá-la às questões trazidas pela ação.³⁷

32 BRASIL. MS, Portaria n. 2.803/2013.

33 BRASIL. Portaria Interministerial n. 1/2014 (PNAISP).

34 CARVALHO, 2017.

35 COSTA *et al.*, 2018; ROCON *et al.*, 2019; ONU. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, 1966, art. 7º.

36 CRENSHAW, 1991, p. 1.241-1.299; BENTO, 2017, p. 183-209; ANTRA, 2025, p. 9.

37 BRASIL. STF, ADPF 527/DF, 2023b; BRASIL. CNJ, Resolução n. 348/2020.

4 PROPOSIÇÕES PARA UMA REFORMA ESTRUTURAL DO SISTEMA PENAL SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS TRANS

A adequação do sistema prisional brasileiro aos preceitos constitucionais e aos compromissos internacionais de direitos humanos exige uma agenda de transformação articulada e mutuamente reforçante nos eixos que se seguem. A efetividade dessas medidas depende, contudo, de uma premissa que ultrapassa o domínio estritamente normativo: a mudança da cultura institucional das organizações penais, sem a qual qualquer reforma legislativa se arrisca a permanecer inerte. As proposições que se seguem articulam-se em três eixos complementares: a produção de conhecimento e a responsabilização institucional, a alocação e a continuidade do cuidado, e a participação da sociedade civil na formulação e no monitoramento das políticas penais.

4.1 CONHECIMENTO, FORMAÇÃO E RESPONSABILIZAÇÃO INSTITUCIONAL

Produção de dados sistemáticos e desagregados: a incorporação de variáveis de identidade de gênero autodeclarada em todos os instrumentos de coleta de dados do SISDEPEN é condição necessária, embora não suficiente, para a formulação de políticas públicas fundadas em evidências. A ANTRA documenta, desde seu primeiro Dossiê publicado em 2017, as limitações da metodologia oficial, que subestima cronicamente a violência contra pessoas trans por carecer de variáveis apropriadas nos sistemas de segurança pública. O mesmo déficit reproduz-se no sistema penitenciário, onde a ausência de dados desagregados impede tanto o diagnóstico preciso da situação quanto a avaliação do impacto de eventuais intervenções.³⁸

Formação continuada e transformação da cultura institucional: a qualificação de agentes penitenciários, magistrados de execução penal, membros do Ministério Público e defensores públicos em direitos humanos, diversidade de gênero e necessidades específicas da população trans é condição para superar a resistência institucional que obstaculiza a aplicação do arcabouço normativo vigente. Essa formação deve integrar os currículos permanentes das escolas de governo e de magistratura, com conteúdo elaborado em parceria com organizações especializadas da sociedade civil e com a participação ativa de pessoas trans.³⁹

Responsabilização efetiva por transfobia institucional: a criação de canais de denúncia acessíveis e a responsabilização administrativa e penal de agentes públicos por atos de transfobia institucional, incluindo a recusa do nome social, a alocação indevida e a negação de acesso a serviços de saúde, são medi-

38 ANTRA, 2018; ANTRA, 2025; SENAPPEN, 2025.

39 FERREIRA, 2015, p. 145-178.

das imprescindíveis para romper a cultura de impunidade que retroalimenta as violações. Enquanto não houver consequências concretas para os responsáveis, o conjunto normativo protetivo continuará desprovido de efetividade real.⁴⁰

4.2 ALOCAÇÃO E CONTINUIDADE DO CUIDADO

Autodeterminação como critério de alocação: a decisão quanto ao encaminhamento da pessoa custodiada para unidade feminina ou ala específica deve pautar-se pela identidade de gênero autodeclarada, asseguradas a participação ativa e a expressão do consentimento informado. O modelo de alocação baseado exclusivamente em critérios anatômicos ou registrais é incompatível com o quadro constitucional vigente e com a jurisprudência vinculante firmada na ADI 4.275/DF, somadas à Resolução Conjunta CNPCP; CNCD n. 1/2014 e à (atual redação da) Resolução n. 348/2020 do CNJ.⁴¹

Saúde integral e continuidade terapêutica: o ingresso no sistema prisional não pode implicar em privação de acesso a consultas, exames, medicamentos, etc. garantidos pelo SUS a todas as pessoas, assim como tratamentos específicos às necessidades da população trans, sob pena de violação do direito à saúde (art. 196 da CRFB/88), do princípio da humanidade das penas (art. 5.º, XLIX) e da vedação ao tratamento desumano e degradante (art. 5.º, III). A garantia da continuidade terapêutica requer protocolos administrativos claros para o registro e o fornecimento de medicamentos hormonais desde o momento da admissão no sistema, bem como a articulação entre os registros de saúde intramuros e os serviços de saúde extramuros.⁴²

4.3 PARTICIPAÇÃO E CONTROLE SOCIAL

Participação da sociedade civil: a formulação, o monitoramento e a avaliação das políticas penais voltadas à população trans devem contar com a participação efetiva de organizações especializadas da sociedade civil, sobretudo daquelas constituídas por e para pessoas trans. Essa participação não é mero imperativo democrático formal: as organizações trans detêm conhecimento experiencial insubstituível sobre as realidades vividas pela população que representam, perspectiva que os quadros técnicos do sistema penitenciário raramente possuem.⁴³

40 BORRILLO, 2010, p. 97-125.

41 BRASIL. STF, ADI 4.275/DF, 2019, voto do Rel. Min. Marco Aurélio, p. 3; CNPCP; CNCD, Resolução Conjunta n. 1/2014, arts. 3.º e 5.º; BRASIL. CNJ. Resolução n. 348/2020.

42 Lei n. 7.210/1984, art. 14; BRASIL. STJ, HC 497.226/RS, 2019; WPATH, 2022, p. 68-95; Portaria Interministerial n. 1/2014, arts. 2.º e 3.º.

43 AGUIÃO, 2018, p. 211-260.

CONCLUSÃO

A investigação realizada confirma que as violações aos direitos das pessoas transgêneras no sistema prisional brasileiro não constituem fenômeno episódico: são a expressão concentrada de uma exclusão social estrutural que o cárcere radicaliza, mas não origina. O princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República nos termos do art. 1.º, III, da Constituição Federal, não admite gradações de aplicação fundadas na identidade de gênero do sujeito. Sua incidência é plena ou inexistente. Qualquer argumento que pretenda justificar restrições à identidade de gênero no ambiente prisional com base em razões de ordem ou segurança institucional não resiste ao escrutínio constitucional estrito que a limitação de direitos fundamentais exige.

O ordenamento jurídico e as construções jurisprudenciais disponíveis são mais do que suficientes para fundamentar a proteção integral dos direitos trans no cárcere. A ADI. n. 4.275/DF assentou a identidade de gênero como direito fundamental subjetivo autônomo; a ADPF. n. 347/DF reconheceu a inconstitucionalidade estrutural do sistema prisional; a Resolução Conjunta n.º 1/2014 fixou parâmetros para o acolhimento de pessoas LGBTQIA+ privadas de liberdade; em razão da ADPF. n. 347/DF o CNJ reformulou a Resolução CNJ n.º 348/2020 sobre diretrizes para o Poder Judiciário quanto à alocação de pessoas LGBT+ no cárcere; a Resolução conjunta dos Ministérios da Justiça e da Saúde n. 1/2014 estabelece a PNAISP; a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984), aprovada nos estertores do final da ditadura, traz vários dispositivos sobre proteção/promoção dos direitos dos encarcerados; os Princípios de Yogyakarta e as Regras de Mandela oferecem *standards* internacionais reconhecidamente compatíveis com o texto constitucional; a Constituição de 1988, além de resguardar a dignidade humana, também estabelece que o Estado tem que promover o bem de todos sem qualquer forma de discriminação (art. 3º, IV), além de todas as garantias que a Constituição traz sobre direitos das pessoas encarceradas (art. 5º, XLV e segs.). O problema, então, não reside em lacunas normativas, mas na resistência das instituições à sua aplicação – inclusive de normas administrativas que estas mesmas instituições editaram.

A superação desse hiato requer, de forma concomitante, mudança na cultura organizacional das instituições penais, produção de dados que tornem essa população visível ao Estado, responsabilização concreta por violações, garantia de continuidade terapêutica e participação qualificada da sociedade civil na formulação e no acompanhamento das políticas penais. Nenhuma dessas medidas será suficiente se tomada de forma isolada: é sua articulação orgânica e mutuamente reforçante que poderá produzir a transformação que o princípio constitucional da dignidade humana exige. Os dados analisados ao longo deste artigo confirmam a gravidade desse quadro: o Brasil lidera, pelo décimo

oitavo ano consecutivo, o ranking mundial de assassinatos de pessoas trans em 2025, situação documentada pelo *Trans Murder Monitoring 2025* da TGEU e o 9.º Dossiê da ANTRA. Ainda que os números absolutos de homicídios tenham recuado de 122 em 2024 para 80 em 2025, a ANTRA alerta que tal redução não reflete, necessariamente, diminuição da violência: no mesmo período, as notificações de agressões e tentativas de homicídio cresceram 45%. Permanecer no topo desse *ranking* interdita qualquer autorrepresentação do Estado como guardião dos direitos dessa população.

A hipótese formulada na introdução, segundo a qual as falhas na proteção das pessoas trans no cárcere resultam de causas estruturais, e não de desvios pontuais, confirma-se à luz da análise desenvolvida. A performatividade de gênero, na formulação de Butler, explica por que o Estado, ao recusar o nome social e a alocação conforme a identidade autodeclarada, não comete um erro administrativo isolado, mas reafirma a norma binária sobre a qual o próprio sistema prisional foi construído. A violência estrutural, na formulação de Gal-tung, explica por que essa reafirmação produz dano sistemático ainda quando nenhum agente público pode ser individualmente apontado como responsável. A síntese crítica que se impõe é a de que o reconhecimento normativo da identidade de gênero, por mais relevante que seja, não rompe, por si só, essa estrutura: rompê-la exige transformação institucional que a jurisprudência, isoladamente, não tem o condão de produzir.

Ademais, a qualidade do tratamento dispensado às pessoas mais vulneráveis sob custódia estatal é o critério mais revelador da integridade de um Estado Democrático de Direito. Enquanto pessoas transgêneras forem submetidas à invisibilidade jurídica e à violência institucional no cárcere, o compromisso constitucional brasileiro com a dignidade humana continuará sendo uma promessa em mora e o Estado Democrático de Direito, incompleto em sua substância.

REFERÊNCIAS

AGUIÃO, Silvia. Fazer-se no Estado: uma etnografia sobre o processo de constituição dos “LGBT” como sujeitos de direitos no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2018.

ANTRA — ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS. Dossiê: assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2017. 1. ed. Brasília: ANTRA, 2018. Disponível em: <https://antrabrasil.org/as-sassinatos/>. Acesso em: 05/03/2026.

ANTRA — ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS. Dossiê: assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2024. 8. ed. Brasília: ANTRA, 2025. Disponível em: <https://antrabrasil.org/as-sassinatos/>. Acesso em: 05/03/2026.

ANTRA — ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS. Dossiê: assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2025. 9. ed. Brasília: ANTRA, 2026. Disponível em: <https://antrabrasil.org/assassinatos/>. Acesso em: 05/03/2026.

BENTO, Berenice. A reivindicação do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual. 3. ed. Salvador: Editora Devires, 2017.

BOMFIM, Rainer; SALLES, Victória; BAHIA, Alexandre Melo Franco. “A Carne Mais Barata do Mercado é a Carne [das Mulheres e Travestis] Negras”: as relações de necropolítica que consubstanciam o gênero, cor e raça das LGBTI que morrem no Brasil. *In*: LISBÔA, Natália (org.). Igualdade na Diversidade. BH: Initia Via, 2020, p. 161-181.

BORRILLO, Daniel. Homofobia: história e crítica de um preconceito. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; Conselho Nacional de Combate à Discriminação. Resolução Conjunta n. 1, de 15 de abril de 2014. Dispõe sobre os parâmetros de acolhimento de LGBT em privação de liberdade no Brasil. Diário Oficial da União, Seção 1, Brasília, 17 abr. 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 348, de 13 de outubro de 2020. Estabelece diretrizes e procedimentos a serem observados pelo Poder Judiciário com relação ao tratamento da população LGBTI+ custodiada nos estabelecimentos de privação de liberdade. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3519>. Acesso em: 05/03/2026.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. A visão do Judiciário sobre o sistema prisional brasileiro. Brasília: CNJ, 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça; Ministério da Saúde. Portaria Interministerial n. 1, de 2 de janeiro de 2014. Institui a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP). Diário Oficial da União, Brasília, 3 jan. 2014.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n. 2.803, de 19 de novembro de 2013. Redefine e amplia o Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS). Diário Oficial da União, Brasília, 20 nov. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp n. 1.673.062/SP. Relator: Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. Diário da Justiça Eletrônico, publicado em 06 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 497.226/RS. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma. Diário da Justiça Eletrônico, publicado em 07 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.275/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno. Diário da Justiça Eletrônico n. 045, publicado em mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 477.554 AgR/MG. Relator: Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Diário da Justiça Eletrônico n. 164, publicado em 26 ago. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 841.526/RS (Tema 592 — Repercussão Geral). Relator: Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno. Diário da Justiça Eletrônico, publicado em 01 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Luís Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgamento concluído em 4 out. 2023a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 527/DF. Rel. Min. Luís R. Barroso. Publicado em 17 nov. 2023b.

BUTLER, Judith. Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

BUTLER, Judith. Quadros de guerra: quando a vida é passível de luto? Trad. Sérgio Tadeu de Niemeyer Lamarão e Arnaldo Marques da Cunha. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

CARVALHO, Salo de. Sobre as possibilidades de uma criminologia queer. Sistema Penal e Violência, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 151-168, jul./dez. 2012.

CARVALHO, Nathália. Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas

de Liberdade no Sistema Prisional: Uma análise sobre a evolução normativa. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, [S. l.], v. 6, n. 4, p. 112-129, 2017. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/434>.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-025/04. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 22 jan. 2004.

COSTA, Angelo Brandelli et al. Saúde de pessoas transexuais e travestis: revisão sistemática de estudos brasileiros. In: Psicologia: Teoria e Pesquisa, Brasília, v. 34, e3440, 2018.

CRENSHAW, Kimberlé. Mapping the margins: intersectionality, identity politics, and violence against women of color. In: *Stanford Law Review*, Stanford, v. 43, n. 6, p. 1.241-1.299, jul. 1991.

FERREIRA, Guilherme Gomes. *Travestis e prisões: mecanismos particulares de encarceramento no Brasil*. Curitiba: Multideia, 2015.

GALTUNG, Johan. Violence, peace, and peace research. In: *Journal of Peace Research*, Oslo, v. 6, n. 3, p. 167-191, 1969.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila. (Re)Pensando a Pesquisa Jurídica. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2020.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

LÓPEZ, Daniel J. García. ¿Teoría jurídica queer? Materiales para una lectura queer del derecho. *AFD*, [S. l.], n. XXXII, p. 323-348, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Nova York: ONU, 1966. Promulgado no Brasil pelo Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Mandela). Resolução A/RES/70/175. Nova York: ONU, 2015.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Yogyakarta, 2006. Atualizado em 2017 (Yogyakarta+10). Disponível em: <https://yogyakartaprinciples.org/>. Acesso em: 05/03/2026.

QUEIROZ, Nana. *Presos que menstruam: a brutal vida das mulheres tratadas como homens nas prisões brasileiras*. Rio de Janeiro: Record, 2015.

ROCON, Pablo Cardozo et al. O que esperam pessoas trans do Sistema Único de Saúde? In: *Interface — Comunicação, Saúde, Educação*, Botucatu, v. 23, e180245, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SECRETARIA NACIONAL DE POLÍTICAS PENAIIS (SENAPPEN). Levantamento de Informações Penitenciárias — SISDEPEN, 2.º semestre de 2024. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2025. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em: 05/03/2026.

SOW, Fatoumata. Sistema Carcerário e a Saúde de Pessoas Negras LGBTQI+: uma análise da ADPF 347 e do Estado de Coisas Inconstitucional. 2026. Dissertação de Mestrado defendida no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Ouro Preto sob a orientação do Prof. Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, v. I.

TRANSGENDER EUROPE (TGEU). Trans Murder Monitoring Update. Berlim: TGEU, nov. 2025. Disponível em: <https://transrespect.org/en/tmm-update-tdor-2025/>. Acesso em: 05/03/2026.

WORLD PROFESSIONAL ASSOCIATION FOR TRANSGENDER HEALTH (WPATH). Standards of Care for the Health of Transgender and Gender Diverse People. 8. ed. Minneapolis: WPATH, 2022.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

Recebido em: 12/03/2026

Aprovado em: 21/07/2026

EXPANSÃO JURISPRUDENCIAL DE COMPETÊNCIAS NAS CORTES CONSTITUCIONAIS: STF E CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA EM PERSPECTIVA COMPARADA

JURISPRUDENTIAL EXPANSION OF POWERS IN CONSTITUTIONAL COURTS: THE BRAZILIAN SUPREME FEDERAL COURT AND THE COLOMBIAN CONSTITUTIONAL COURT IN COMPARATIVE PERSPECTIVE

GABRIEL DIAS MARQUES DA CRUZ¹

YAGO NUNES DOS SANTOS²

RESUMO

Este artigo examina se o Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF) e a Corte Constitucional colombiana (CCC) atuam estrategicamente para ampliar suas próprias competências pela via interpretativa. Adota-se metodologia dedutiva, com base em fontes bibliográficas e jurisprudenciais. A hipótese é que os métodos hermenêuticos desenvolvidos por ambas as cortes funcionam como instrumentos de autoexpansão jurisdicional, permitindo-lhes decidir sobre matérias progressivamente mais amplas. A análise de decisões paradigmáticas do STF e da CCC confirma a hipótese: em ambos os casos, as cortes utilizam técnicas interpretativas para ampliar o espectro de sua jurisdição para além do que os textos constitucionais expressamente autorizam.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição constitucional. Interpretação constitucional. Estratégias decisórias. Cortes Constitucionais.

ABSTRACT

This article examines whether the Brazilian Supreme Federal Court (STF) and the Colombian Constitutional Court (CCC) act strategically to expand their own powers through interpretation. It adopts a deductive methodology, based on bibliographic and jurisprudential sources. The hypothesis is that the hermeneutical methods developed by both courts operate as instruments of jurisdictional self-expansion, enabling them to decide on an increasingly broad range of matters. The analysis of landmark decisions by the STF and the CCC confirms this hypothesis: in both cases, the courts use interpretive techniques to expand the scope of their jurisdiction beyond what constitutional texts expressly authorize.

KEYWORDS: *Judicial review. Constitutional interpretation. Decision-making strategies. Constitutional Courts. Constitutional jurisdiction.*

- 1 Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (2014). Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (2009). Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2006). Professor de Direito Constitucional e Ciência Política da Universidade Federal da Bahia (UFBA). E-mail: gabriel_dmc@yahoo.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2669-4077>
- 2 Doutorando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutorando, mestre e graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pós-graduado em Direito Público pela Faculdade Baiana de Direito (FBD). Professor da Graduação em Direito da Faculdade Batista Brasileira (FBB). Advogado. E-mail: yago.cnunes@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0078-7555>

1. INTRODUÇÃO

Tanto a Constituição da República brasileira de 1988 quanto a Constituição Política da Colômbia, promulgada em 1991, mostraram-se bastante ambiciosas ao estabelecerem extensos catálogos de direitos fundamentais individuais e coletivos e ao ampliarem significativamente as possibilidades de provocação da jurisdição dos órgãos responsáveis pela fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos em última instância.

Esse novo contexto normativo-constitucional acirrou a histórica tensão entre o constitucionalismo e a democracia em ambos os países, com a consequente promoção de intensos debates doutrinários acerca da judicialização de políticas públicas³, da politização da justiça⁴ e até sobre as repercussões das decisões judiciais na esfera da disputa político-eleitoral⁵.

Essa tensão é constitutiva do próprio modelo de democracia constitucional, no qual a proteção de direitos fundamentais por órgãos contramajoritários coexiste, nem sempre sem atritos, com o princípio do autogoverno popular. O que os casos analisados neste trabalho sugerem é que, quando as próprias cortes ampliam interpretativamente suas competências, essa fricção se intensifica: o espaço reservado à deliberação democrática ordinária contrai-se não apenas por força do desenho constitucional, mas também por escolhas institucionais dos próprios tribunais.

Apesar de existirem diversas pesquisas envolvendo a atuação proativa do Supremo Tribunal Federal do Brasil (STF) e da Corte Constitucional colombiana (CCC) em várias áreas outrora reservadas ao jogo político ordinário, a maior parte dessas análises justifica esse tipo de postura mais responsiva ou ativista, principalmente, no desenho institucional traçado pelas constituições vigentes, assim como nas ideologias constitucionais que com elas foram consagradas, como o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo latino-americano⁶.

3 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n. 13, p. 17-32, 2009; e YEPES, Rodrigo Uprimny. La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos. *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 4, p. 52-69, 2007.

4 ENGELMANN, Fabiano. Juristas e politização da justiça no Brasil: desafios analíticos para a abordagem sociopolítica. *Revista pós ciências sociais*. São Luís, MA. Vol. 20, n. 1 (jan./abr. 2023), p. 9-28, 2023.

5 FONTAINHA, Fernando de Castro; LIMA, Amanda Evelyn Cavalvanti. Judiciário e crise política no Brasil hoje: do mensalão à lava jato. In: FERES JR, João; KERCHER, Fábio. (Org.). *Operação lava jato e a democracia brasileira*. 1ed. São Paulo: Contracorrente, 2018, v. 1, p. 53-68.

6 AVRITZER, Leonardo. O novo constitucionalismo latino-americano: uma abordagem política. In: *O constitucionalismo democrático latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos*. Org. Leonardo Avritzer [et. al.] Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

A presente pesquisa não ignora essa perspectiva, que serve inclusive de pressuposto para a questão central norteadora da investigação aqui desenvolvida. O foco, contudo, será compreender se a ampliação das matérias sobre as quais o STF e a CCC decidem não teria a ver, também, com as próprias opções desses órgãos em ampliarem, propositalmente, o espectro sobre o qual se irradiam as suas jurisdições.

A hipótese é no sentido de que os diversos métodos hermenêuticos jurisprudencialmente desenvolvidos pelo STF e pela CCC têm permitido a esses órgãos se utilizarem de um vasto cardápio de técnicas interpretativas para, então, aplicá-las como entenderem mais adequado à solução dos casos submetidos a julgamento. Com isso, expandem-se as questões e os objetos acerca dos quais se decide, mas também se alteram as características da jurisdição constitucional, que passa a ter maior impacto de controle sobre atos discricionários da Administração Pública, costumes políticos e situações fáticas consideradas incompatíveis com a Constituição.

Para o desenvolvimento das ideias que serão expostas nas seções a seguir, foram consultadas fontes bibliográficas e documentais, notadamente decisões judiciais, tendo a pesquisa natureza dedutiva. A análise privilegiará exemplos extraíveis de pronunciamentos do STF e da CCC, explorados nas seções 2 e 3 deste trabalho, respectivamente. Antes, contudo, faz-se necessário explicitar breves considerações referentes à importância política de tais cortes.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A IMPORTÂNCIA POLÍTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO E DA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

A atribuição de interpretar e definir o sentido de normas inscritas em textos constitucionais extensos, ambiciosos e, por vezes, ubíquos, como os do Brasil e da Colômbia, está longe de constituir uma tarefa simples. Esse tipo de função – a jurisdição constitucional⁷ – pode produzir sensíveis impactos na dinâmica política e social, especialmente porque, para além das múltiplas atribuições constitucionalmente designadas aos órgãos responsáveis pela interpretação constitucional em última instância, eles próprios conseguem ampliar seu rol de competências pela via hermenêutica.

No Brasil, o órgão de cúpula do Poder Judiciário é o STF. Essa corte, composta por onze membros vitalícios⁸, empossados após indicação pelo presidente da República e aprovação pelo Senado Federal, é a responsável por

7 BRITO, Edvaldo. Jurisdição Constitucional: Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. Inconstitucionalidades das Reformas. Efetividade dos Direitos Fundamentais. Revista Erga Omnes, v. 7, p. 35-52, 2013).

8 Os ministros do STF não têm mandato e podem permanecer no cargo até a aposentadoria compulsória, aos 75 anos.

realizar o controle de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos do poder público, também funcionando como última instância recursal e com atribuição para, em certos casos, julgar originariamente determinadas demandas. Suas competências estão elencadas em vários dispositivos da Constituição Federal de 1988, com especial concentração no artigo 102.

Existem três órgãos julgadores dentro da estrutura do STF⁹: o plenário, que é composto pelos onze ministros integrantes da corte e tem vasta competência, inclusive para apreciar as ações do controle abstrato de constitucionalidade¹⁰; e duas turmas julgadoras, cada qual com cinco ministros, pois o presidente da corte não compõe nenhuma delas¹¹⁻¹².

A maleabilidade dos julgamentos, que podem ser deslocados das turmas para o plenário (físico ou virtual¹³), assim como o poder decisório e de agenda dos relatores e, principalmente, do ministro presidente do STF têm sido alvos de contundentes críticas por parte da doutrina. Nesse particular, o antigo debate amplo sobre a legitimidade da jurisdição constitucional¹⁴ parece estar sendo paulatinamente substituído por análises mais específicas, que não questionam a jurisdição constitucional em si, mas o modo de funcionamento dos órgãos incumbidos dessa função.

-
- 9 Em verdade, como destaca Diego Werneck Arguelhes, “existem vários Supremos (colegiados) dentro do Supremo: (i) o plenário ‘real’ ou ‘síncrono’ (aquele que você vê na TJ Justiça, nas sessões de quarta e quinta, com onze ministros reunidos); (ii) o plenário virtual (PV), uma plataforma em que os ministros decidem coletivamente, mas sem interação em tempo real; (iii) as duas turmas, cada uma com cinco ministros (cada turma também conta com uma versão ‘virtual’, mas deixaremos isso fora de discussão)” (ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo: entre o direito e a política. Rio de Janeiro: História Real, 2023, p. 175-176).
 - 10 A competência do Plenário está disciplinada nos artigos 5º a 8º do Regimento Interno do STF. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Regimento Interno: [atualizado até outubro de 2018] – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2018).
 - 11 As competências das turmas estão dispostas nos artigos 9º a 11 do Regimento Interno do STF. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Regimento Interno: [atualizado até outubro de 2018] – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2018).
 - 12 Mesmo os casos de competência das turmas podem ser levados ao plenário em várias hipóteses previstas nos artigos 11 e 22 do Regimento Interno do STF. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Regimento Interno: [atualizado até outubro de 2018] – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2018).
 - 13 O plenário virtual do STF foi criado em 2007, a fim de que os ministros pudessem votar se determinada causa tinha ou não repercussão geral. Nos anos subsequentes, as competências do plenário virtual foram significativamente ampliadas, até que a Emenda Regimental nº 53/2020 o equiparou ao plenário físico. Sobre a evolução do plenário virtual, conferir: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário virtual. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/hotsites/plenariovirtual/>. Acesso 29 nov. 2024.
 - 14 SANTOS, Yago Nunes dos. Veto jurídico e diálogos institucionais: propostas para aprimorar o sistema brasileiro a partir da experiência colombiana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023, p. 1-59.

Isso se dá certamente porque, em geral, já não se discute o elenco de competências constitucionalmente dirigidas ao Poder Judiciário e, em particular, ao STF. As análises mais recentes buscam delinear limites dentro dos quais tais competências devem ser exercidas, principalmente ante à compreensão de que as cortes tendem a alargar seus próprios poderes pela via interpretativa.

Nesse sentido, há algum tempo, difundiu-se nas ciências sociais o conceito de “supremocracia”, proposto por Oscar Vilhena Vieira em referência ao agigantamento do STF¹⁵ em relação às demais instâncias do Poder Judiciário e, mais especificamente, sobre as esferas políticas¹⁶. Naquele texto, o autor já sinalizava o modo como o STF aos poucos se afastava do modelo de “legislador negativo” descrito por Hans Kelsen¹⁷ e se assemelhava, cada vez mais, a uma espécie de constituinte reformador. Dois exemplos são mencionados por Vieira para demonstrar sua tese: o MS 26.603/DF, no qual se criou nova modalidade de perda de mandato parlamentar relativa à infidelidade partidária, hipótese não contemplada no rol fechado do art. 55 da Constituição Federal de 1988; e a Reclamação 4.335-5, em cujo julgamento se começou a costurar a tese da eficácia vinculante das decisões proferidas pelo STF na via do controle de constitucionalidade incidental, que subsequentemente esvaziaria, na prática, o conteúdo normativo do art. 52, X, do texto constitucional¹⁸.

Em 2018, Arguelhes e Ribeiro propuseram o conceito de “ministrocrazia” para descrever a concentração de poder decisório em cada ministro individualmente, abrangendo o controle de agenda, a sinalização pública de preferên-

15 O conceito se inspira na ideia de “juristocracia”, difundida por Hirsch. (HIRSCHL, Ran. “Juristocracy”--Political, not Juridical. *The good society*, v. 13, n. 3, p. 6-11, 2004).

16 Vieira descreve como a concentração de poderes no STF, acelerada pelas EC 3/1993 e 45/2005 e pelas Leis 9.868/1999 e 9.882/1999, transformou o tribunal em instituição singular na história do constitucionalismo comparado. Segundo ele, “supremocracia é como denomino, de maneira certamente impressionista, esta singularidade do arranjo institucional brasileiro. Supremocracia tem aqui um duplo sentido. Em um primeiro sentido, o termo supremocracia refere-se à autoridade do Supremo em relação às demais instâncias do judiciário. [...] Em um segundo sentido, o termo supremocracia refere-se à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes”. (VIEIRA, Oscar Vilhena. “Supremocracia”. *Direito GV*, v. 4, n. 2, pp. 441-463, 2008, p. 444-445).

17 Segundo Hans Kelsen, ao fazer referência aos tribunais constitucionais europeus do século XX, do ponto de vista teórico, “a diferença entre um tribunal constitucional com competência para cassar leis e um tribunal civil, criminal ou administrativo normal é que, embora sendo ambos aplicadores e produtores do direito, o segundo produz apenas normas individuais, enquanto o primeiro, ao aplicar a Constituição a um suporte fático de produção legislativa, obtendo assim uma anulação da lei inconstitucional, não produz, mas elimina uma norma geral, instituindo assim o *actus contrarius* correspondente à produção jurídica, ou seja, atuando – como formulei anteriormente – como legislador negativo”. (KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 151-152)

18 VIEIRA, Oscar Vilhena. “Supremocracia”. *Direito GV*, v. 4, n. 2, pp. 441-463, 2008, p. 454-456.

cias sobre causas pendentes e a tomada de decisões liminares que demoravam a ser levadas ao colegiado¹⁹.

Em 2023, essa análise foi atualizada em livro publicado por Arguelhes. Na obra, ele demonstra que o STF vem constantemente expandindo suas áreas de atuação nas últimas décadas. O tribunal tem, de maneira deliberada, trazido para sua esfera de jurisdição questões que não apenas dizem respeito a juízos morais e políticos, mas igualmente problemas delicados da conjuntura política, eleitoral e partidária. Sobre esse aspecto, especificamente, o autor alerta: “isso tem impacto na percepção pública da politização das decisões dos ministros, pois enfraquece a ideia de que estão sujeitos a limites”. Para Arguelhes, “quanto mais as pessoas se perguntam ‘Eles podem fazer isso?’ E o tribunal responde ‘Sim!’, mais passa a mensagem de que pode resolver todo e qualquer problema, não apenas jurídico, como também político”²⁰.

O diagnóstico de Arguelhes é preciso: nos últimos anos, o STF “sinaliza que seu papel vai além de fazer o que o direito permite ou exige”, expandindo suas próprias competências de modo a cobrir praticamente todo e qualquer problema, em tempo real²¹. Esse movimento de agigantamento do STF sobre matérias inicialmente estranhas ao debate ordinário do Judiciário se inicia com a Constituição Federal e se aprimora com reformas constitucionais e normas legais subsequentemente editadas. Contudo, é a própria postura decisória do STF que tem contribuído para essa auto ampliação de competências.

Esse movimento de concentração decisória tem consequências diretas sobre o sistema de freios e contrapesos. Quando uma corte constitucional passa a definir o alcance de suas próprias competências pela via interpretativa, enfraquece-se o mecanismo pelo qual os poderes constituídos se limitam reciprocamente. Assim, o controle jurisdicional, que deveria ser um dos instrumentos desse equilíbrio, converte-se também em objeto de disputa.

Contra essa assertiva, alguns podem argumentar que o Poder Judiciário não pode escolher não decidir, em virtude da vedação ao *non liquet*. Certamente argumentarão, também, que o STF é órgão inerte, o qual somente age mediante provocação, que costuma ser feita, inclusive, por atores políticos, no âmbito da litigância estratégica. Mas a verdade é que o STF, estrategicamente, escolhe decidir ou não decidir e, da mesma maneira, escolhe quando decidir. Vários exemplos trazidos na seção 2 demonstrarão esse ponto.

19 ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. Novos estudos CEBRAP, v. 37, p. 13-32, 2018.

20 ARGUELHES, Diego Werneck. *O Supremo: entre o direito e a política*. Rio de Janeiro: História Real, 2023, p. 139.

21 ARGUELHES, Diego Werneck. *O Supremo: entre o direito e a política*. Rio de Janeiro: História Real, 2023, p. 139.

Cabe, então, examinar o perfil da mais importante corte da Colômbia. Nesse sentido, a CCC, composta por nove magistrados com mandato de oito anos, também é bastante conhecida pela sua atuação em temas de dimensão política ou que, ao menos, geram consequências políticas. No entanto, os seus poderes, constitucionalmente previstos, são sensivelmente reduzidos quando comparados aos do STF, principalmente porque sua competência praticamente se restringe à análise da compatibilidade formal e material de leis e de determinados atos em relação à Constituição²².

De todo modo, tem-se observado que – diferentemente do STF, que adotou postura altamente deferente durante o regime militar e até nos primeiros anos após a redemocratização – a CCC sempre teve atuação marcada pelo protagonismo em temas fortemente atrelados ao debate político, como as políticas públicas²³.

Esse impacto da CCC no domínio político, segundo Cepeda-Espinosa, decorre da combinação de fatores políticos, sociais e institucionais: a “crise política” leva ao tribunal problemas não resolvidos pelas instâncias majoritárias; o sistema colombiano de justiça constitucional é um dos mais acessíveis do mundo, permitindo a qualquer cidadão questionar a constitucionalidade de leis; e grupos ativistas têm utilizado a corte como arena de disputas sobre direitos, ao que a literatura denomina de litigância estratégica²⁴.

Dessa descrição feita por Cepeda-Espinosa, notam-se muitas semelhanças entre o contexto cultural, institucional e social da Colômbia e do Brasil: o STF também é bastante aberto à sociedade, principalmente pela via da reclamação constitucional²⁵; vários são os atores sociais e políticos que envidam esforços na litigância estratégica; e a Constituição de 1988 é bastante prolixa em termos de direitos, o que facilita a judicialização da vida²⁶.

A CCC se beneficia positivamente do significativo rol de competências que lhe foi atribuído pela Constituição de 1991. Porém, tal como o STF, o órgão vem atuando para ampliar seu espectro de atuação a partir da interpretação constitucional.

22 As competências da Corte Constitucional colombiana estão concentradas no artigo 241 da Constituição Política da Colômbia de 1991. (COLÔMBIA. Constituição Política de 1991. República da Colômbia. Bogotá, 1991. Disponível em: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html. Acesso em: 25 nov. 2024).

23 MANRIQUE, Wilson Yesid Suárez. La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. *Vniversitas*, v. 63, n. 129, p. 317-351, 2014, p. 331.

24 CEPEDA-ESPINOSA, M. J. Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court. *Washington University Global Studies Law Review*, v. 3, n. 4, p. 529-700, 2004, p. 664.

25 MENDES, Gilmar Ferreira. A reclamação constitucional no Supremo Tribunal Federal: algumas notas. *Direito Público*, v. 3, n. 12, 2006.

26 OLIVEIRA, Camilla Felix Barbosa de; BRITO, Leila Maria Torraca de. Judicialização da vida na contemporaneidade. *Psicologia: Ciência e profissão*, v. 33, n. SPE, p. 78-89, 2013.

3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A AMPLIAÇÃO DE SUA ESFERA DE ATUAÇÃO PELA VIA INTERPRETATIVA

Há estudos recentes que explicitam a preocupação que se deve ter com a transferência, para o espectro decisório das cortes constitucionais, de todas as matérias socialmente disputadas²⁷. Parte da doutrina sustenta que certos desaccordos sociais razoáveis deveriam ser resolvidos pelo próprio sistema político, sem interferência judicial direta. O caso brasileiro, contudo, exemplifica a crescente provocação da jurisdição constitucional para deliberar sobre as mais diversas searas da vida civil e política²⁸, além de um esforço aparente do STF para ampliar a sua própria esfera de atuação.

Alguns exemplos são úteis a essa compreensão²⁹. O primeiro deles já foi mencionado acima, mas merece uma reflexão mais aprofundada: a Reclamação 4.335/AC, de relatoria do ministro Gilmar Mendes. Nesse caso, travou-se amplo debate acerca da admissibilidade ou não de reclamação ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Acre contra decisão do juiz de direito da Vara de Execuções penais da Comarca de Rio Branco, que indeferiu o pedido de progressão do regime de vários presos.

O argumento principal da reclamação era a suposta violação à decisão do STF no *Habeas Corpus* (HC) nº 82.959, relatado pelo ministro Marco Aurélio, no qual, por maioria apertada de seis contra cinco votos, afastou-se a vedação de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos. Isso ao considerar inconstitucional, de maneira incidental (e, portanto, àquela época, sem eficácia *erga omnes*), o artigo 2º, §1º da Lei nº 8.072/1990.

Naquele contexto, poderia o STF decidir por não conhecer a reclamação³⁰, ainda que se concedesse o *habeas corpus* de ofício, a exemplo dos votos dos ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, os quais ficaram vencidos. Entretanto, o ministro relator, Gilmar Mendes, inicialmente encampou linha argumentativa que ampliava os poderes e as competências do Tribunal ao reconhecer eficácia *erga omnes* mesmo às declarações de inconstitucionalidade proferidas pelo STF em casos concretos,

27 ARGUELHES, Diego Werneck; SÜSSEKIND, Evandro Proença. Constitucionalismo transformador: entre casas de máquinas e “engenharia social judicial”. *Revista Direito e Práxis*, v. 13, n. 4, p. 2557-2594, 2022.

28 OLIVEIRA, Camilla Felix Barbosa de; BRITO, Leila Maria Torraca de. Judicialização da vida na contemporaneidade. *Psicologia: Ciência e profissão*, v. 33, n. SPE, p. 78-89, 2013.

29 Para vários exemplos, conferir: MELO, Teresa. Novos poderes: judiciário legislante, legislativo presidencialista e executivo parlamentar. In: *Direito e Política: um diálogo possível?*. Organizadores: Matheus Casimiro, Eduarda Peixoto da Cunha França. Londrina, PR: Thoth, 2023.

30 À época, a reclamação somente era cabível para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões e para combater ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar.

pela via incidental. Ainda que essa compreensão não tenha prevalecido ao final do julgamento³¹, fato é que tal debate pavimentou a evolução jurisprudencial do Tribunal, que, sobretudo a partir dos casos relacionados à inconstitucionalidade da exploração do amianto crisotila no Brasil, passou a mesclar técnicas do controle abstrato com outras inerentes ao controle concreto³².

Um segundo exemplo é extraído das decisões monocráticas proferidas pelo ministro Gilmar Mendes nos Mandados de Segurança nº 34.070 e 34.071, respectivamente impetrados pelo Partido Popular Socialista (PPS) e pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) contra o ato da então presidente da República, Dilma Rouseff, que nomeou o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva como ministro-chefe da casa civil, na tentativa de conter a crise governamental que a levaria ao *impeachment* e, segundo se alega, para evitar a prisão do nomeado, mediante o deslocamento de competência de processo criminal para o STF. O ministro relator entendeu por bem deferir a medida liminar postulada, de maneira a suspender a nomeação em questão, sob o fundamento de que tal ato administrativo violaria o princípio da moralidade e estaria viciado por desvio de finalidade³³.

Com essa decisão³⁴, o STF avançou na superação da tradicional compreensão segundo a qual estaria o Poder Judiciário impedido de analisar o mérito do ato administrativo³⁵. Mais recentemente, na ADPF nº 964, a corte explicitou que “o ato de governo ou ato político, espécie do gênero ato administrativo, reveste-se de espectro mais amplo de discricionariedade”. Contudo, disso não resulta “sua insindicabilidade absoluta perante o Poder Judiciário, até porque

-
- 31 Convém ressaltar que o próprio Relator trouxe complementação ao voto indicando que, durante o julgamento, que se alongou no tempo, o STF editou súmula alinhada à pretensão vertida na Reclamação, de maneira que a questão do cabimento da ação ficaria praticamente esvaziada, por ser doravante evidente. Posteriormente, o Ministro Teori Zavascki apresentou voto-vista aprofundando essa solução, à qual aderiu o próprio Relator. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 4.335-5. Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 20 mar. 2024. DJe, Rio Branco, 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acesso em: 29 nov. 2024).
 - 32 FERNANDES, Bernardo Gonçalves; GODOY, Miguel Gualano. Como o Supremo expandiu seus poderes no caso do amianto?. Jota, 21 nov, 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/como-o-supremo-expandiu-seus-poderes-no-caso-do-amianto>. Acesso em: 2 nov. 2025.
 - 33 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar nos Mandados de Segurança nº 34.070 e 34.071, Relator: Gilmar Mendes, julgados em 18 mar. 2016. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308995627&ext=.pdf>. Acesso em 29 nov. 2024.
 - 34 Para uma análise crítica da decisão, ver: FONTAINHA, Fernando de Castro; LIMA, Amanda Evelyn Cavallanti. Judiciário e crise política no Brasil hoje: do mensalão à lava jato. In: FERES JR, João; KERCHER, Fábio. (Org.). Operação lava jato e a democracia brasileira. 1ed. São Paulo: Contracorrente, 2018, v. 1, p. 53-68.
 - 35 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 24.256, Relator: Ilmar Galvão, julgado em 03 set. 2002. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=116075>. Acesso em 29 nov. 2024.

alguns dos elementos do ato administrativo são totalmente vinculados, como, por exemplo, o sujeito, a forma e a finalidade em sentido amplo”³⁶.

A ampliação das matérias sujeitas ao controle do STF também se revela no manuseio de algumas técnicas de julgamento. Em 2012, por exemplo, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.029, a corte entendeu serem inconstitucionais as normas da Resolução nº 1/2002, do Congresso Nacional, que autorizava que a manifestação da comissão parlamentar mista a que alude o art. 62, §9º da Constituição Federal fosse substituída por parecer do relator. No entanto, a fim de manter a validade de todas as normas até então editadas com tal vício, houve intenso debate a fim de encontrar fórmula que possibilitasse preservar as leis em questão, incluindo a que era objeto de questionamento naquele processo. Ao final, a solução encontrada foi julgar a ADI improcedente para preservar a lei impugnada, mas declarar a inconstitucionalidade incidental do arts. 5º, *caput*, e 6º, §§ 1º e 2º, da Resolução nº 01/2002, do Congresso Nacional, com eficácia *ex nunc* em relação à pronúncia dessa inconstitucionalidade³⁷. Houve, efetivamente, o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma prática legislativa, consistente na substituição de manifestação da comissão parlamentar mista por mero parecer do relator.

De maneira semelhante, em 2015, o STF julgou a ADI nº 5127/DF, e, na oportunidade, considerou inconstitucionais emendas parlamentares sem pertinência temática em projeto de lei de conversão de medida provisória, mas determinou que tal entendimento só valeria para o futuro, preservando as normas anteriormente aprovadas pelo Congresso, inclusive a que era atacada naquela demanda especificamente. Chama a atenção que, nesse caso, mesmo havendo detecção de inconstitucionalidade formal, julgou-se a demanda improcedente e sinalizou-se que, somente dali em diante, seriam anulados os eventuais dispo-

36 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 964, Relatora: Rosa Weber, julgado em 10 maio 2024. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=769883934>. Acesso em 15 dez. 2024.

37 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.029, Relator: Luiz Fux, julgado em: 08 mar. 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2227089>. Acesso em 02 dez. 2024.

sitivos legais resultantes de emendas parlamentares, sem pertinência temática, inseridos em projeto de lei de conversão de medida provisória^{38 39 40}.

Bem assim, em texto especificamente direcionado à compreensão do uso da técnica da interpretação conforme a constituição pelo STF, Arguelhes e Lima notam que seu emprego sofreu significativo incremento, mormente a partir de 2016. Se em um primeiro momento a referida técnica de julgamento era utilizada principalmente para preservar normas infraconstitucionais que, se interpretadas de determinada maneira, poderiam contrariar a Constituição Federal, a análise empírica dos julgados demonstra mudança nessa realidade: em “decisões manipulativas”, o STF tem manejado a interpretação conforme a constituição para, em verdade, criar sentenças aditivas, inclusive modificando completamente o(s) sentido(s) normativo(s) extraíveis do texto legal. Na análise dos autores, a técnica interpretativa pensada em prol da autocontenção jurisdicional passou a funcionar como instrumento de intervenção legislativa, em casos nos quais o tribunal passou a atuar como produtor de normas⁴¹⁻⁴².

Outra frente de expansão da atuação do STF é observada no âmbito dos processos estruturais. Por meio deles, o tribunal passou a controlar situações fáticas consideradas em desconformidade com a constituição, assim como as políticas públicas necessárias à adequação desses cenários de inconstitucionalidade⁴³.

-
- 38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.127-DF, Redator do acórdão: Edson Fachin, julgado em 15 out. 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10931367>. Acesso em 02 dez. 2024.
 - 39 Como nota Ana Paula de Barcellos, esse julgamento é interessante também porque inexistia norma expressa da Constituição Federal que coíba a prática dos “contrabandos legislativos”, como ficaram conhecidas essas emendas parlamentares, sem pertinência temática, inseridas em projetos de lei de conversão de medidas provisórias. Mesmo assim, reconheceu-se a incompatibilidade constitucional da prática em conexão com o devido “processo legislativo, com a democracia, com a cidadania, com a necessidade de transparência e prestação de contas e com a garantia de condições para que o controle e participação sociais sejam levadas a cabo no contexto da elaboração de normas” pelo Legislativo. (BARCELLOS, Ana Paula de. Devido processo legislativo, avaliação de custos e as opções hermenêuticas do STF. *Revista Quaestio Iuris*, v. 15, p. 1380-1404, 2022, p. 1393).
 - 40 De fato, no julgamento, o ministro Luís Roberto Barroso chegou a propor a declaração de inconstitucionalidade incidental do costume denominado “contrabando legislativo”, e não de uma lei ou norma específica. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.127-DF, Redator do acórdão: Edson Fachin, julgado em 15 out. 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10931367>. Acesso em 02 dez. 2024).
 - 41 ARGUELHES, Diego Werneck; DE LIMA, Rafael B. Brazil: From Restraint to Preemption?. In: *Constitutionally Conforming Interpretation: Comparative Perspectives*. Hart Publishing, p. 225-24, 2023.
 - 42 MELO, Teresa. Novos poderes: judiciário legiferante, legislativo presidencialista e executivo parlamentar. In: *Direito e Política: um diálogo possível?* Organizadores: Matheus Casimiro, Eduarda Peixoto da Cunha França. Londrina, PR: Thoth, 2023, p. 325-349.
 - 43 CASIMIRO, Matheus; MELLO, Patrícia Perrone Campos; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. Transformações do controle de constitucionalidade no Brasil: legitimidade, objeto e efeitos. *Revista de Processo*. vol. 359, p. 445-470, 2025.

Atualmente, o STF atua no controle das políticas públicas necessárias à reversão do quadro de inconstitucionalidade sistêmica nos presídios brasileiros (ADPF 347), no combate à violência policial nas favelas do Rio de Janeiro (ADPF 635), na garantia da vida e da saúde das populações indígenas de recente contato (ADPF 709), e na preservação ambiental na Amazônia e no Pantanal (ADPF 743), para ficarmos apenas em alguns exemplos mais salientes⁴⁴.

O monitoramento contínuo de políticas públicas por cortes constitucionais suscita, nesse contexto, o debate sobre os limites impostos pela chamada reserva do possível. Parte da literatura questiona se órgãos judiciais dispõem de condições epistêmicas e institucionais para avaliar os custos orçamentários de suas ordens estruturais e para acompanhar, ao longo do tempo, a adequação das respostas administrativas e legislativas, problema que se torna ainda mais agudo quando a jurisdição estrutural se prolonga por anos ou décadas.

4. A CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA E A AMPLIAÇÃO DE SUA ESFERA DE ATUAÇÃO PELA VIA INTERPRETATIVA

Como salientado acima, a realidade da CCC não é muito diferente daquela verificada no STF no que concerne à constante ampliação de sua jurisdição sobre temas antes alheios ao controle jurisdicional. Isso também será demonstrado nesta seção a partir de alguns exemplos.

Nesse sentido, observa-se que a Constituição Colombiana de 1991 não tem dispositivo expresso que estabeleça cláusulas pétreas⁴⁵, e a relativa facilidade para aprovar alterações em seu texto viabilizou sucessivas ondas de reformas: ajustes pontuais nos primeiros anos; profundas modificações durante o governo Uribe (2002-2006); e reformas políticas subsequentes, incluindo alterações temporárias do próprio procedimento de emenda para viabilizar o acordo de paz com as FARC⁴⁶⁻⁴⁷.

Nesse contexto, a CCC tem sido instada a atuar para barrar pretensões reformistas, mesmo sem que haja expressa previsão nesse sentido extraível de

44 Essas e outras ações estão sendo monitoradas pelo STF, com o auxílio do Núcleo de Processos Estruturais e Complexos, vinculados ao gabinete da Presidência da corte. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Núcleo de Processos Estruturais Complexos. 17 dez. 2024. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=cmc&pagina=nupec_apresentacao. Acesso em 23 jan. 2025.

45 ARTEAGA, Sonia Sánchez. Límites al poder de reforma de la Constitución Política: de las cláusulas pétreas a los límites materiales. Nuevos paradigmas de las ciencias sociales latinoamericanas, vol. IX, n° 18. 2018, p. 94.

46 Para uma análise detalhada dessas reformas, conferir: CLEVES, Gonzalo Ramírez. Reformas a la Constitución de 1991 y su control de constitucionalidad: entre democracia y demagogia. Rev. Derecho del Estado, v. 21, p. 145, 2008.

47 RODRÍGUEZ, Michael Cruz. Rigidez constitucional; flexible? El papel político de la Corte en el debate sobre la reforma constitucional colombiana (2003-2017). Revista Jurídica Piélagus, v. 17, n. 2, p. 21-43, 2018, p. 30-31.

texto literal da Constituição de 1991. Assim, algumas reformas são obstadas pela CCC, mediante a aplicação da teoria da substituição constitucional (*sustitución constitucional*), inspirada em construção jurisprudencial feita pela Corte Suprema da Índia⁴⁸.

A doutrina da substituição constitucional foi desenvolvida com base em premissas que têm a ver com a supremacia da constituição em relação às normas inferiores e, portanto, com a competência para alterar esse texto supremo. Segundo a CCC, somente uma Assembleia Constituinte é que pode modificar o conteúdo essencial do texto constitucional, de modo que toda reforma à constituição que desconstitua seus traços principais implica “substituição constitucional” indevida, promovida por órgão constituído – e não constituinte – sem competência para tanto⁴⁹. Com esse raciocínio, em verdade, a corte realiza controle de conteúdo, conquanto argumente estar fazendo controle procedimental para aferir questão relativa à competência reformadora⁵⁰.

Esse conjunto de ideias teve como ponto de partida a sentença C-551, de 2003⁵¹. Nela, a CCC demarcou a diferença inicial entre reformar e substituir a constituição: enquanto o ato de reforma é limitado e pode ser feito pelos poderes constituídos, apenas o poder constituinte é quem teria a possibilidade de modificar e substituir a constituição por outra. Assim, não poderiam os poderes constituídos, a pretexto de reformarem o conteúdo do texto constitucional, o substituírem por outro absolutamente diverso⁵².

48 RODRÍGUEZ, Michael Cruz. Rigidez constitucional; flexible? El papel político de la Corte en el debate sobre la reforma constitucional colombiana (2003-2017). *Revista Jurídica Piélagus*, v. 17, n. 2, p. 21-43, 2018, p. 23.

49 “Un análisis de las 103 sentencias sobre el tema de la sustitución constitucional, que desde 2003 hasta la fecha ha proferido la Corte Constitucional, pone en evidencia que el Alto Tribunal aún no abandona este argumento, a pesar de que la doctrina de la sustitución constitucional lleva más de quince años de haber sido creada. Decisiones muy recientes sobre esta materia, como las sentencias C-285 de 2016 o C-373 de 2017, ilustran este punto”. (Celemin Caicedo, Y. A. (2020). *Sustitución constitucional: reflexiones a partir del principio de pesos y contrapesos*. Prolegómenos, 23(46), p. 15-33, 2020, p. 22.

50 “Por lo tanto, con dicho argumento, la Corte justifica que el control competencial, también es un control formal o de procedimiento, cuyo objetivo consiste en evitar que el constituyente derivado usurpe las competencias del constituyente originario, esto es, que el reemplazo o la limitación excesiva de una ley fundamental, principio esencial y transversal de la constitución, o su estructura, identidad y derechos solo le corresponde a una Asamblea Nacional Constituyente total; en tanto que la interpretación, ajuste, complementé, modificación e interpretación de la constitución puede ser una tarea del poder de reforma. Al cual le corresponde mantener un diálogo con la filosofía y las determinaciones adoptadas por el autor de la constitución” (RAMÍREZ, Milton César Jiménez; RAMÍREZ, Paulo Bernardo Arboleda. La doctrina de la sustitución constitucional en Colombia: Una aproximación a la jurisprudencia constitucional. *Estudios de Deusto*, v. 69, n. 2, p. 123-148, 2021).

51 Nesse sentido: Celemin Caicedo, Y. A. (2020). *Sustitución constitucional: reflexiones a partir del principio de pesos y contrapesos*. Prolegómenos, 23(46), p. 15-33, 2020.

52 Na sentença C-551/2003, a CCC afirma que o poder de reforma, por ser poder constituído, não está autorizado a substituir ou derrogar a constituição da qual deriva sua própria competência, limitação implícita que fundamenta a doutrina da substituição constitucional.

Ocorre que essa construção jurisprudencial implica alargamento das competências da CCC, a qual passa a exercer controle sobre atos normativos que, ao menos explicitamente, a constituição não colocou sob sua tutela. Por isso, tem-se criticado o fato de que é a própria CCC órgão constituído e, como tal, supostamente não deveria se arvorar a ampliar sua esfera de atuação para definir o que seria, em verdade, o núcleo essencial caracterizador da Constituição Política de 1991⁵³.

Trata-se, em última análise, de tensão inerente ao próprio sistema de freios e contrapesos: ao declarar que determinadas reformas substituem a constituição, a CCC assume para si competência que, segundo seus críticos, extrapolaria os limites do poder constituído. Esse aspecto é sublinhado por Rodriguez ao argumentar ser comum a corte mencionar a teoria da substituição constitucional em diversas decisões, embora sejam poucas as ocasiões nas quais uma emenda constitucional é declarada nula com base nesse fundamento. Segundo o autor, observa-se, no particular, comportamento estratégico da corte, que constantemente realça seu poder para declarar a inconstitucionalidade de normas modificativas do texto constitucional, mas deixa para utilizá-lo nos momentos oportunos⁵⁴.

Rodriguez traz bons exemplos que demonstram a atuação estratégica da CCC, ambas relacionadas ao tema da reeleição do chefe do Poder Executivo: em um primeiro momento, a corte entendeu que uma reforma para permitir a reeleição não substituiu o núcleo central da constituição (C-1040/05); mas, anos depois, quando se pretendeu viabilizar, por iniciativa popular, uma segunda reeleição presidencial, a decisão foi no sentido de que tal tentativa substituiria o princípio da separação de poderes e o princípio da alternância no poder (C-141/10).

Para o autor, as decisões foram diferentes, dentre outras razões, em função das particularidades relacionadas ao contexto sociopolítico em que cada uma delas foi proferida. Durante o julgamento do primeiro caso, o presidente da República contava com elevados índices de aprovação popular e grande maioria no congresso. Já o segundo julgamento se deu após a *Yidispolitica*, escândalo no qual Yidis Medinaum, parlamentar cujo voto foi decisivo para a aprovação da primeira reeleição, declarou que sua decisão havia sido comprada; durante a

(COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-551/03. Bogotá, 2003. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-551-03.htm>. Acesso em: 06 dez. 2024)

53 RODRÍGUEZ, Michael Cruz. Rigidez constitucional; flexible? El papel político de la Corte en el debate sobre la reforma constitucional colombiana (2003-2017). Revista Jurídica Piélagus, v. 17, n. 2, p. 21-43, 2018, p. 26.

54 RODRÍGUEZ, Michael Cruz. Rigidez constitucional; flexible? El papel político de la Corte en el debate sobre la reforma constitucional colombiana (2003-2017). Revista Jurídica Piélagus, v. 17, n. 2, p. 21-43, 2018, p. 26.

parapolítica, consistente em investigações e condenações penais contra diversos congressistas por envolvimento com grupos paramilitares; e quando o presidente da República atacava as cortes com a finalidade de defender seus aliados políticos acusados⁵⁵.

Contudo, certamente, a maior marca da ampliação das competências da CCC, que resultou na interferência no delineamento e na execução de políticas públicas, pode ser vista na construção que deu origem ao conceito de Estado de Coisas Inconstitucional (ECI).

Essa construção pretoriana foi paulatina, tendo início em casos de menor envergadura político-social⁵⁶, mas tomou proporções relevantes o suficiente para reestruturar a organização interna da própria CCC, que passou a monitorar as decisões proferidas em casos estruturais, assim compreendidos aqueles que diziam respeito a problemas sistêmicos de múltiplas violações de direitos fundamentais⁵⁷.

Efetivamente, os maiores exemplos do manejo do ECI como mecanismo de diálogo e de desbloqueio institucional são notados a partir de 1998⁵⁸. Naquele ano, no julgamento de uma demanda proposta por um presidiário específico, a CCC dilatou o escopo da discussão processual ao perceber que os

55 RODRÍGUEZ, Michael Cruz. Rígidez constitucional? flexible? El papel político de la Corte en el debate sobre la reforma constitucional colombiana (2003-2017). *Revista Jurídica Piélagus*, v. 17, n. 2, p. 21-43, 2018, p. 28.

56 A primeira vez que a Corte Constitucional reconheceu o ECI foi em 1997, no âmbito da SU 559/1997. Aquele caso dizia respeito a demanda de professores que foram ao Poder Judiciário para questionar a perda de certos benefícios sociais, e a Corte, ao afirmar os direitos dos autores, fundamentou que a situação consubstanciava “estado de cosas violatorio de la Constitución Política”. Em face dessa conclusão, articulou o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional enquanto técnica político-jurisdiccional capaz de evitar a excessiva utilização das ações de tutela. (MARMELESTEIN, George. O Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise panorâmica. *Diálogo Jurídicos Luso-Brasileiros*, v. 1, p. 241-264, 2015, p. 242).

57 Segundo Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior, “O problema estrutural se define pela existência de um estado de desconformidade estruturada – uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, no sentido de ser uma situação que não corresponde ao estado de coisas considerado ideal. Como quer que seja, o problema estrutural se configura a partir de um estado de coisas que necessita de reorganização (ou de reestruturação). Estado de desconformidade, como dito, não é sinônimo necessariamente de estado de ilicitude ou de estado de coisas ilícito. Estado de desconformidade é situação de desorganização estrutural, de rompimento com a normalidade ou com o estado ideal de coisas, que exige uma intervenção (re)estruturante. Essa desorganização pode, ou não, ser consequência de um conjunto de atos ou condutas ilícitas” (DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: *Revista de Processo*. 2020. p. 45-81).

58 MARMELESTEIN, George. O Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise panorâmica. *Diálogo Jurídicos Luso-Brasileiros*, v. 1, p. 241-264, 2015, p. 245.

ilícitos narrados pelo autor não apenas o atingiam, mas abrangia todo o sistema carcerário do país⁵⁹⁻⁶⁰.

Outro caso emblemático de intervenção da CCC no desbloqueio de políticas públicas foi o T 025/2004, que apreciou violações sistemáticas de direitos resultantes do deslocamento forçado de pessoas em razão do conflito armado vivenciado na Colômbia⁶¹. Porém, desde o julgamento desse caso, a CCC promoveu significativa inovação: criou o instituto dos autos de seguimento, também denominado de sentença em movimento⁶², que viabiliza a manutenção da sua jurisdição sobre os atos executórios das determinações gerais constantes da sentença declaratória do ECI.

A criação dos autos de seguimento está diretamente relacionada à mudança na postura da própria corte, que deixou de proferir ordens meramente unidirecionais no contexto do ECI, dando preferência às sentenças dialógicas, de natureza procedimental⁶³. Mas fato é que, com isso, o espectro da atividade da corte continuou a se alargar, pois ela passou a reter sua jurisdição, ao longo

59 MARMELSTEIN, George. O Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise panorâmica. *Diálogo Jurídico Luso-Brasileiros*, v. 1, p. 241-264, 2015, p. 246-247.

60 Apesar de tudo isso, a problemática situação carcerária da Colômbia não foi resolvida, de modo que a Corte Constitucional voltou a decidir sobre essa mesma questão em outras oportunidades, quando novamente declarou o Estado de Coisas Inconstitucional. Como destacam Aléssia Barroso Lima Brito Campos Chevitarese, Ana Borges Coêlho Santos, e Felipe Meneses Graça, “Em 2013, a Corte declarou o ECI relativo ao sistema prisional colombiano novamente. Apesar dos esforços voltados à melhoria da infraestrutura carcerária após a decisão de 1998, o quadro de superlotação se manteve, uma vez que as autoridades competentes não tomaram todas as medidas legislativas ou administrativas capazes de melhorar a situação dos presídios. Em 2015, o sistema prisional colombiano foi objeto da terceira declaração do ECI. Na ocasião, foi definida a diferença entre o ECI declarado em 1998, relativo à infraestrutura do sistema carcerário; e o ECI declarado em 2013, relativo à política criminal. Logo, a Corte estabeleceu parâmetros a serem respeitados na elaboração e na execução da política criminal colombiana”. (CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos; SANTOS, Ana Borges Coêlho; GRAÇA, Felipe Meneses. A efetividade do estado de coisas inconstitucional em razão dos sistemas de monitoramento: uma análise comparativa entre Colômbia e Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, 2019, p. 220).

61 CESAR, Rodríguez Garavito; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010, p. 67-68.

62 CESAR, Rodríguez Garavito; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010, p. 84-90.

63 Sobre esse ponto, Néstor Osuna Patiño afirma que “en las sentencias estructurales de los primeros años, la Corte solía expedir **órdenes** sustantivos, como la de construir cárceles, o la de adelantar un concurso para el nombramiento de notarios. En la actualidad prefiere **órdenes** de tipo procedimental, como la dirigida a las autoridades y organizaciones sociales concernidas con la salud, de evaluar periódicamente la pertinencia del plan de beneficios ofrecido a los pacientes, para establecer si es procedente la inclusión de nuevos medicamentos o procedimientos terapéuticos” (PATIÑO, Néstor Osuna. *Veinte Años de Sentencias Estructurales en Colombia*. In: *Justicia constitucional y derechos fundamentales: diez años de jurisprudencia constitucional en América Latina*. Editores: Víctor Bazán e Marie-Christine Fuchs. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica Calle: Bogotá, 2011, p. 154).

do tempo, inclusive para acompanhar a execução e a implementação das políticas públicas necessárias ao cumprimento de suas ordens⁶⁴.

CONCLUSÕES

A investigação revelou semelhanças na maneira como o STF e a CCC agem para construir caminhos jurisprudenciais que lhes possibilitem expandir suas próprias competências e esferas de atuação. Diversos exemplos também demonstraram ser usual que tais órgãos, responsáveis pela fiscalização da constitucionalidade das leis em abstrato, desenvolvam vasto cardápio de técnicas interpretativas, que podem ser utilizadas estrategicamente na solução de casos postos à julgamento. É o que ocorre com o manejo da interpretação conforme a constituição, no Brasil, e com a teoria da substituição constitucional, desenvolvida na Colômbia.

A última fronteira da dilatação das competências decisórias tanto no STF quanto na CCC parece se encontrar no campo dos processos estruturais. Isso porque a possibilidade de tentar desbloquear o conjunto de condutas administrativas, legislativas e judiciais necessárias para a superação de quadros sistêmicos de desconformidade constitucional leva às cortes vasto poder para monitorar, fiscalizar e acompanhar a estruturação e a implementação de políticas públicas. O monitoramento desses processos pode perdurar por muitos anos, o que implica a supervisão contínua de órgãos judiciais sobre a atuação de agentes e órgãos vinculados aos demais poderes e até a entes privados.

Esse modo de operar do STF e da CCC não está totalmente descolado dos programas normativos estruturados pelas respectivas constituições do Brasil e da Colômbia. Em ambos os casos, os textos constitucionais imprimiram nova lógica de funcionamento ao Poder Judiciário em geral e aos órgãos responsáveis pelo controle abstrato de constitucionalidade em particular. O que o STF e a CCC têm feito é ir além, utilizando desse arsenal normativo para amplificar – em grau ainda maior e a partir de nuances interpretativas – os seus poderes.

REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo: entre o direito e a política. Rio de Janeiro: História Real, 2023.

ARGUELHES, Diego Werneck; DE LIMA, Rafael B. Brazil: From Restraint to Preemption?. In: Constitutionally Confirming Interpretation: Comparative Perspectives. Hart Publishing, p. 225-24, 2023.

64 LEMOS, Amanda Nunes Lopes Espiñeira; DA CRUZ, Gabriel Dias Marques. Análise Do Estado De Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e seu papel como instrumento na efetivação da política pública carcerária. Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas, v. 3, n. 2, p. 18-40, 2017.

ARGUELHES, Diego Werneck; SÜSSEKIND, Evandro Proença. Constitucionalismo transformador: entre casas de máquinas e “engenharia social judicial”. *Revista Direito e Práxis*, v. 13, n. 4, p. 2557-2594, 2022.

ARTEAGA, Sonia Sánchez. Límites al poder de reforma de la Constitución Política: de las cláusulas pétreas a los límites materiales. *Nuevos paradigmas de las ciencias sociales latinoamericanas*, vol. IX, nº 18. 2018.

AVRITZER, Leonardo. O novo constitucionalismo latino-americano: uma abordagem política. In: *O constitucionalismo democrático latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos*. Org. Leonardo Avritzer [et. al.] Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. Devido processo legislativo, avaliação de custos e as opções hermenêuticas do STF. *Revista Quaestio Iuris*, v. 15, p. 1380-1404, 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n. 13, p. 17-32, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Regimento Interno: [atualizado até outubro de 2018] – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.029, Relator: Luiz Fux, julgado em: 08 mar. 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2227089>. Acesso em 02 dez. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.127-DF, Redator do acórdão: Edson Fachin, julgado em 15 out. 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10931367>. Acesso em 02 dez. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.127-DF, Redator do acórdão: Edson Fachin, julgado em 15 out. 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10931367>. Acesso em 02 dez. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 964, Relatora: Rosa Weber, julgado em 10 maio 2024. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=769883934>. Acesso em 15 dez. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar nos Mandados de Segurança nº 34.070 e 34.071, Relator: Gilmar Mendes, julgados em 18 mar.

2016. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308995627&ext=.pdf>. Acesso em 29 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Núcleo de Processos Estruturais Complexos. 17 dez. 2024. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=cmc&pagina=nupec_apresentacao. Acesso em 23 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário virtual. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/hotsites/plenariovirtual/>. Acesso 29 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4.335-5, Relator: Gilmar Mendes, julgado em 20 mar. 2024. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acesso em: 29 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 24.256, Relator: Ilmar Galvão, julgado em 03 set. 2002. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=116075>. Acesso em 29 nov. 2024.

BRITO, Edvaldo. Jurisdição Constitucional: Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. Inconstitucionalidades das Reformas. Efetividade dos Direitos Fundamentais. Revista Erga Omnes, v. 7, p. 35-52, 2013.

CASIMIRO, Matheus; MELLO, Patrícia Perrone Campos; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. Transformações do controle de constitucionalidade no Brasil: legitimidade, objeto e efeitos. Revista de Processo. vol. 359, p. 445-470, 2025.

CELEMÍN CAICEDO, Y. A. Sustitución constitucional: reflexiones a partir del principio de pesos y contrapesos. Prolegómenos, 23(46), p. 15-33, 2020.

CEPEDA-ESPINOSA, M. J. Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court. Washington University Global Studies Law Review, v. 3, n. 4, p. 529–700, 2004.

CESAR, Rodríguez Garavito; FRANCO, Diana Rodríguez. Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010.

CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos; SANTOS, Ana Borges Coêlho; GRAÇA, Felipe Meneses. A efetividade do estado de coisas inconstitucional em razão dos sistemas de monitoramento: uma análise comparativa entre Colômbia e Brasil. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 9, n. 2, 2019.

CLEVES, Gonzalo Ramírez. Reformas a la Constitución de 1991 y su control de constitucionalidad: entre democracia y demagogia. Rev. Derecho del Estado, v. 21, p. 145, 2008.

COLÔMBIA. Constituição Política de 1991. República da Colômbia. Bogotá, 1991. Disponível em: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html. Acesso em: 25 nov. 2024.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-551/03. Bogotá, 2003. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-551-03.htm>. Acesso em: 06 dez. 2024.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: Revista de Processo. 2020.

ENGELMANN, Fabiano. Juristas e politização da justiça no Brasil: desafios analíticos para a abordagem sociopolítica. Revista pós ciências sociais. São Luís, MA. Vol. 20, n. 1 (jan./abr. 2023), p. 9-28, 2023.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; GODOY, Miguel Gualano. Como o Supremo expandiu seus poderes no caso do amianto?. Jota, 21 nov, 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/como-o-supremo-expandiu-seus-poderes-no-caso-do-amianto>. Acesso em: 2 nov. 2025.

FONTAINHA, Fernando de Castro; LIMA, Amanda Evelyn Cavalvanti. Judiciário e crise política no Brasil hoje: do mensalão à lava jato. In: FERES JR, João; KERCHE, Fábio. (Org.). Operação lava jato e a democracia brasileira. 1ed.São Paulo: Contracorrente, 2018, v. 1, p. 53-68.

HIRSCHL, Ran. “Juristocracy”--Political, not Juridical. The good society, v. 13, n. 3, p. 6-11, 2004.

KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

LE MOS, Amanda Nunes Lopes Espiñeira; DA CRUZ, Gabriel Dias Marques. Análise Do Estado De Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e seu papel como instrumento na efetivação da política pública carcerária. Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas, v. 3, n. 2, p. 18-40, 2017.

MANRIQUE, Wilson Yesid Suárez. La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. Vniversitas, v. 63, n. 129, p. 317-351, 2014.

MARMELSTEIN, George. O Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise panorâmica. Diálogo Jurídicos Luso-Brasileiros, v. 1, p. 241-264, 2015.

MELO, Teresa. Novos poderes: judiciário legiferante, legislativo presidencialista e executivo parlamentar. In: Direito e Política: um diálogo possível?. Organizadores: Matheus Casimiro, Eduarda Peixoto da Cunha França. Londrina, PR: Thoth, 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira. A reclamação constitucional no Supremo Tribunal Federal: algumas notas. *Direito Público*, v. 3, n. 12, 2006.

OLIVEIRA, Camilla Felix Barbosa de; BRITO, Leila Maria Torraca de. Judicialização da vida na contemporaneidade. *Psicologia: Ciência e profissão*, v. 33, n. SPE, p. 78-89, 2013.

PATÍÑO, Néstor Osuna. Veinte Años de Sentencias Estructurales en Colombia. In: *Justicia constitucional y derechos fundamentales: diez años de jurisprudencia constitucional en América Latina*. Editores: Víctor Bazán e Marie-Christine Fuchs. Programa Estado de Derecho para Latinoamérica Calle: Bogotá, 2011.

RAMÍREZ, Milton César Jiménez; RAMÍREZ, Paulo Bernardo Arboleda. La doctrina de la sustitución constitucional en Colombia: Una aproximación a la jurisprudencia constitucional. *Estudios de Deusto*, v. 69, n. 2, p. 123-148, 2021.

RODRÍGUEZ, Michael Cruz. Rigidez constitucional; flexible? El papel político de la Corte en el debate sobre la reforma constitucional colombiana (2003-2017). *Revista Jurídica Piélagus*, v. 17, n. 2, p. 21-43, 2018.

SANTOS, Yago Nunes dos. Veto jurídico e diálogos institucionais: propostas para aprimorar o sistema brasileiro a partir da experiência colombiana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

VIEIRA, Oscar Vilhena. “Supremocracia”. *Direito GV*, v. 4, n. 2, pp. 441-463, 2008, p. 454-456.

YEPES, Rodrigo Uprimny. La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos. *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 4, p. 52-69, 2007.

Recebido em: 31/01/2025

Aprovado em: 23/06/2026

CONTRIBUIÇÕES A UMA ABORDAGEM DA POBREZA BASEADA NOS DIREITOS HUMANOS ¹

CONTRIBUTIONS TO A HUMAN RIGHTS-BASED APPROACH TO POVERTY

GUILHERME PEREZ CABRAL²

LUIS ESLAVA³

ANA ELISA SPAOLONZI QUEIROZ ASSIS⁴

LUÍS RENATO VEDOVATO⁵

RESUMO

A despeito das promessas internacionais renovadas para seu combate, a pobreza permanece uma realidade global, atingindo principalmente povos periféricos e grupos vulnerabilizados. No cenário capitalista, é tratada por meio de mecanismos de cooperação internacional e de governança global gerencial que obscurecem suas causas estruturais, aferindo-a com base em métricas reducionistas. O artigo busca contribuir com a delimitação do sentido jurídico da pobreza, em abordagem baseada nos direitos humanos, no âmbito do sistema internacional (global), analisando seus limites e possibilidades. Em debate prescritivo no campo do Direito, o artigo se vale de pesquisa documental, com levantamento de resoluções e relatórios da ONU dedicados aos direitos humanos e à pobreza, e de pesquisa bibliográfica sobre o tema. Define a pobreza como violação de direitos humanos que envolve as seguintes preocupações, entendimentos e compromissos: a) acompanhando a tradição teórica de Escola de Bristol, inaugurada por P. Townsend, com-

ABSTRACT

Despite renewed international promises to combat poverty, it remains a global reality, primarily affecting peripheral populations and vulnerable groups. In the capitalist context, poverty is addressed through mechanisms of international cooperation and managerial global governance that obscure its structural causes, measuring it instead with reductionist metrics. This article aims to contribute to defining the legal meaning of poverty, adopting a human rights-based approach within the international (global) system, while analysing the associated limitations and possibilities. Engaging in a normative legal debate, the article draws on documentary research, surveying UN resolutions and reports concerning human rights and poverty, and a review of relevant literature. It defines poverty as a human rights violation involving the following concerns, understandings, and commitments: a) following the "Bristol School" theoretical tradition initiated by P.

- 1 O artigo é resultado de pesquisas financiadas pelo CNPq (nº 404600/2025-5 e nº 441578/2023-3) e pela Fapesp (nº 22/15017-5)
- 2 Pós-doutor pela Escola de Ciências Sociais da Universidade de Cardiff. Doutor em Direito pela USP. Professor do Programa de Pós-graduação da PUC-Campinas. E-mail: guilhermecabral@puc-campinas.edu.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4480-3641>.
- 3 Doutor pela Universidade de Melbourne. Professor de Direito Internacional da La Trobe University. E-mail: L.Eslava@latrobe.edu.au. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7312-8986>.
- 4 Livre Docente e Doutora em Educação pela UNICAMP. Professora da Faculdade de Educação da UNICAMP. E-mail: anasqa@unicamp.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3759-4845>.
- 5 Livre Docente pela UNICAMP e Doutor em Direito pela USP. Professor Associado da UNICAMP e Professor da PUC-Campinas. E-mail: lrvedova@unicamp.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0684-4522>.

preende a pobreza de forma ampliada, relativa e multidimensional, nos termos da agenda global; b) assume como dimensões constitutivas da pobreza, a privação de direitos sociais, econômicos e culturais vinculada à obrigação estatal inderrogável de enfrentá-la; c) propõe o uso político-tático dos direitos humanos como ferramenta de combate à pobreza; e d) destaca a importância de compor os direitos humanos universais com o caráter relativo da pobreza. Pretende, assim, contribuir com a revisão de critérios de definição e aferição de pobreza, trazendo aportes para o desenho de programas, políticas públicas e medidas concretas no combate à pobreza e na promoção de direitos e da dignidade humana.

PALAVRAS-CHAVE: Pobreza. Direitos humanos. governança global.

Townsend, it views poverty in broad, relative, and multidimensional terms, consistent with the global agenda; b) it identifies the deprivation of social, economic, and cultural rights as constitutive dimensions of poverty and links them to the state's non-derogable obligation to address the issue; c) it proposes the political-tactical use of human rights as a tool to combat poverty; and d) it highlights the importance of reconciling universal human rights with the relative nature of poverty. Thus, the article aims to contribute to revising the criteria for defining and measuring poverty, offering insights for the design of programs, public policies, and concrete measures to combat poverty and promote human rights and dignity.

KEYWORDS: Poverty. Human rights. Global governance.

INTRODUÇÃO

A pobreza ocupa posição paradoxal no sistema de cooperação internacional em matéria de direitos humanos. Embora amplamente invocada como uma de suas preocupações mais urgentes, permanece apenas marginalmente articulada nos instrumentos jurídicos fundamentais do sistema internacional e persistentemente resistente à erradicação, apesar de décadas de compromissos renovados. Neste artigo, argumentamos que tal paradoxo não é acidental, refletindo a forma como a pobreza foi incorporada ao direito internacional, como objeto de governança gerencial — mensurada, monitorada e mitigada —, sem confrontar as condições estruturais que a reproduzem continuamente. Sendo assim, o artigo propõe uma abordagem baseada nos direitos humanos que reconceitua a pobreza não apenas como um desafio político ou um déficit de desenvolvimento, mas como uma violação de direitos juridicamente reconhecível, exigindo tanto uma redefinição de seu conteúdo normativo quanto uma reorientação política das estratégias jurídicas empregadas para combatê-la.

A pobreza não é referida nos tratados que compõem o sistema global de direitos humanos. É mencionada apenas indiretamente, no Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) – retomado, mais tarde, nos Preâmbulos dos Pactos de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) – que enfatizam a importância de um mundo no qual os seres humanos “estejam livres (...) da miséria”⁶.

Compromissos assumidos em matéria de cooperação internacional para o desenvolvimento, nas décadas seguintes, no contexto da luta anticolonial e movimentação dos países terceiro-mundistas, também não se dedicaram à temá-

6 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU), 1948.

tica da pobreza e seu combate. No campo do comércio internacional, o Acordo Geral de Comércio e Tarifas (sigla em inglês GATT), firmado em 1947, previa, no Artigo XVIII, reformado em 1955, a ajuda em favor de Estados cuja “economia não assegura à população senão um baixo nível de vida”. A Parte IV, intitulada “Comércio e Desenvolvimento”, incorporada em 1965, retomava a preocupação com a elevação dos níveis de vida e o desenvolvimento urgente dos países “menos desenvolvidos”⁷. O termo “pobreza”, porém, não aparece. Tampouco constaria de declarações na sequência aprovadas pela Assembleia Geral da ONU, como a Declaração para o estabelecimento de uma nova ordem econômica internacional⁸ e na Declaração sobre o direito ao desenvolvimento⁹.

Algumas poucas menções ao termo são encontradas no Relatório da Secretaria Geral da ONU, de 1962, tratando da Década das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Entre elas, o trecho em que se identifica que a população vivendo em situação de inaceitável pobreza “quase certamente aumentou, em vez de diminuir”, conclui que isso resulta da combinação do crescimento populacional nos países mais pobres e, destacamos, de “sua incapacidade de se integrarem plenamente ao progresso geral”¹⁰.

Assim, a pobreza seguiu pouco abordada até o final do Século XX. Teve de aguardar o fim da Guerra Fria e, então, a consolidação de uma ordem global capitalista, para se tornar propriamente um tema no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), reconhecida como uma “questão de direitos humanos”¹¹, conforme já permitia inferir, ainda que de forma frágil, a Declaração Universal. Passa a integrar a política internacional, como parte do que o Banco Mundial, liderado por Robert McNamara, chamara de guerra contra a pobreza¹².

Nessa linha, em 1988, a Resolução do Conselho Econômico e Social, manifestando a preocupação com o significativo percentual da população mundial em condições de pobreza extrema, reconhece a atenção insuficiente dada ao fenômeno que frequentemente escapava à ação internacional¹³. De acordo com a perita independente da organização, A. M. Lizin, foi a primeira vez que a temática foi abordada no âmbito da ONU¹⁴.

7 ONU, 1947.

8 ONU, 1974

9 ONU, 1986.

10 ONU, 1962, p. 07.

11 COMITÊ DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS (CDESC), 2001, p. 01.

12 CHADWICK, ESLAVA & JOKUBAUSKAITE, no prelo.

13 ONU, 1988.

14 LIZIN, 1999. Em 1998, a Comissão de Direitos Humanos estabeleceu o mandato de Relator(a) Especial da ONU sobre extrema pobreza e direitos humanos, sob a denominação de perito(a) independente, nomeando Anne-Marie Lizin para o cargo. Seu mandato se estendeu de 1998 a 2004. Antes disso, em 1992, a Subcomissão sobre Prevenção da Discriminação e Proteção

A partir daí, o debate sobre a pobreza e os compromissos com sua erradicação ampliam-se no cenário internacional¹⁵. Em 1992, a Assembleia Geral da ONU declara 17 de outubro como o Dia Internacional para a Erradicação da Pobreza¹⁶. No ano seguinte, proclama 1996 como Ano Internacional para a Erradicação da Pobreza¹⁷. Depois do dia e do ano dedicados ao tema, proclama a “Primeira Década das Nações Unidas para a erradicação da pobreza (1997-2006)”¹⁸. Duas outras décadas seriam ainda instituídas¹⁹, pareando com o Objetivo do Desenvolvimento do Milênio (ODM) nº 1²⁰ e, finalmente, na Agenda 2030, com o Objetivo do Desenvolvimento Sustentável (ODS) nº 1, ambos orientados ao combate à pobreza. Nos termos deste último: “Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares”, compreendida “em todas as suas dimensões, de acordo com as definições nacionais”²¹.

Ao mesmo tempo, traçam-se as relações entre pobreza e direitos humanos. A Declaração e Programa de Ação de Viena²², firmados na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos (1993), e a Declaração e Programa de Ação de Copenhague²³, firmados na Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento Social (1995), afirmam a luta contra a pobreza concomitante ao esforço de promoção dos direitos humanos, objetivos intimamente ligados que se reforçam mutuamente²⁴. Multiplicam-se resoluções e relatórios sobre o tema em especial no âmbito do Conselho de Direitos Humanos, da Relatoria Especial sobre pobreza extrema e direitos humanos, do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH) e, ainda, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC). Sob influência da teoria de Amartya Sen²⁵, combinam a leitura da pobreza como uma privação de “capacidades” com sua definição à luz dos direitos humanos, em suas distintas dimensões²⁶.

das Minorias já havia nomeado Leandro Despouy como Relator Especial nesta matéria, encarregando-o de estudo apresentado em 1996. Nesse sentido: COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS, 1993, 1998; DESPOUY, 1996; LIZIN, 1999; SKOGLY, 2002; ACNUDH, s.d.

15 PLOSZKA, 2023.

16 ONU, 1993a.

17 ONU, 1994.

18 ONU, 1996a.

19 ONU, 2008 e 2018.

20 ONU, 2015a.

21 ONU, 2015b.

22 ONU, 1993b.

23 ONU, 1996b.

24 ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS (ACNUDH), 2006

25 SEN, 2010.

26 Nessa linha: DESPOUY, 1996; LIZIN, 1999; CDESC, 2001; CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS, 2012.

Paralelamente, no âmbito acadêmico-científico, contrapõem-se distintas abordagens da pobreza baseadas em direitos humanos. Identificando a pobreza como violação da dignidade humana e de direitos básicos, como igualdade, participação, alimentação, saúde, moradia e educação²⁷, Skogly opõe-se, porém, à afirmação da existência de um direito a não ser pobre. Tal direito, para a autora, não estaria positivado. Fernanda Costa, trazendo aprofundado estado da arte sobre a matéria, posiciona-se também contrariamente à existência de um tal direito em si. A seu ver, o modelo conceitual que define a pobreza como “causa ou consequência de violações de direitos humanos”²⁸ mostra-se sólido e adequado.

Assim, nada obstante a ausência de referências em tratados e independentemente do resultado do debate sobre a existência ou não de um direito de não ser pobre, renovam-se as promessas de combate à pobreza, compreendida como questão de direitos humanos, por organismos internacionais e especialistas. Entretanto, a pobreza permanece uma realidade global, atingindo principalmente povos periféricos e grupos vulnerabilizados, em cenário marcado pela desigualdade, colapso ambiental e desmantelamento dos mecanismos tradicionais de bem-estar social, como resultado da longa reestruturação neoliberal dos Estados²⁹.

No cenário de globalização do capitalismo, o direito internacional funciona como ferramenta de uma governança meramente gerencial da pobreza que, a cada novo compromisso afirmado e descumprido, considerando as estruturas existentes e os recursos disponíveis, exalta pequenos passos até aqui dados na direção de sua redução, reconhecendo, porém, o cenário em que muitos (a maior parte) acabaram deixados para trás. Alinha-se a uma lógica tecnocrática de medição e gerenciamento da pobreza que a despolitiza, valendo-se de medidas quantitativas e estatísticas e métricas arbitrárias e inadequadas, como a linha internacional do Banco Mundial, a metodologia da CEPAL e o Índice de Pobreza Multidimensional (IPM). Falham na captação de sua relatividade e multidimensionalidade, não abordando-a em suas causas estruturais³⁰.

Nesse contexto, o objetivo do presente artigo é contribuir com a delimitação do sentido jurídico da pobreza no âmbito do sistema global de direitos humanos, analisando limites e possibilidades de uma abordagem que os tenha como fundamento, no contexto capitalista de governança gerencial da matéria. Coloca-se como problema de pesquisa: em referido contexto, como pode ser definida a pobreza a partir de uma abordagem baseada nos direitos humanos afirmados no sistema internacional (global), atenta aos seus limites e possibilidades? Para tanto, no âmbito da Ciência do Direito, apreende a pobreza juri-

27 SKOGLY, 2002.

28 COSTA, 2008, p. 91.

29 ALSTON, 2020; DE SCHUTTER, 2025; ESLAVA, 2019.

30 GORDON, NANDY & CABRAL, 2025.

dicamente, isto é, como conteúdo de normas jurídicas e por meio delas determinado³¹. Todavia, distanciando-se da Teoria Pura, não se limita a descrever o Direito; orienta-se também, no plano prático, para a ação e decidibilidade de conflitos sociais³², inserindo-se em um debate prescritivo no qual a disputa pelo sentido da pobreza traz consigo a questão do que pretendemos fazer a respeito³³.

Reconhecendo como ponto de partida do processo hermenêutico as normas e compromissos que integram o direito internacional dos direitos humanos, o artigo se vale de pesquisa documental normativa, focada no sistema global, com o levantamento de resoluções e posicionamentos da Assembleia Geral e demais órgãos da ONU que se dedicam aos direitos humanos, sobre a temática da pobreza. Também, realiza levantamento bibliográfico de pesquisas sobre pobreza e direitos humanos, por meio do acervo do Portal de Periódicos da CAPES³⁴. Trata-se de levantamento não exaustivo, constando das referências, de forma a permitir a revisão das conclusões. Nesse ponto, o artigo busca ocupar espaço acadêmico-científico ainda esvaziado, no Brasil, de estudos sobre a pobreza, abordada à luz dos direitos humanos. Neste periódico científico, por exemplo, a busca por meio de seu site³⁵ teve como resultado apenas um artigo com o descritor “pobreza”³⁶, o qual, sem se ocupar com profundidade de sua definição, toma-a a partir da questionada métrica do Banco Mundial.

O artigo começa com o resgate histórico da produção de órgãos vinculados à ONU sobre pobreza e direitos humanos, visando à delimitação, de forma geral, da(s) perspectiva(s) adotada(s) pela organização. Considerando os compromissos e entendimentos internacionais, renovados e descumpridos sobre o tema, tratamos, na sequência, da governança gerencial e técnica da pobreza incapaz de erradicá-la no contexto capitalista global. Por fim, delimitamos o sentido jurídico da pobreza como violação de direitos humanos que envolve as seguintes preocupações, entendimentos e compromissos: (i) no debate com Sen, opomos a perspectiva de P. Townsend e da tradição teórica que inaugura a Escola de Bristol, a qual permite, a despeito de suas limitações, base científica mais adequada para a compreensão da pobreza de forma ampliada, relativa e multidimensional, nos termos das agendas globais; (ii) reconhecendo a interdependência dos direitos humanos e os impactos da pobreza no exercício de liberdades civis e na participação política, assumimos como dimensões constitutivas da pobreza, a privação de direitos sociais, econômicos e culturais vinculada à obri-

31 KELSEN, 1998.

32 FERRAZ JR., 2018.

33 ALCOCK, 1997.

34 <https://www.periodicos.capes.gov.br/>

35 <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/pt/search>

36 RAMOS, 2021.

gação estatal inderrogável de enfrentá-la; (iii) visto que a definição de pobreza envolve, também, o que *deve ser* feito a respeito, propomos o uso político-tático das instituições jurídicas, fazendo da linguagem dos direitos humanos campo de luta em vista do combate à pobreza e transformação social; e finalmente, nesse esforço, (vi) trazemos a importância de compor os direitos humanos, tomados em sua universalidade, com o caráter relativo da pobreza, no tempo e espaço.

O artigo busca, assim, somar aos esforços envidados no âmbito de rede internacional de pesquisa sobre a pobreza, visando contribuir com a revisão e o aperfeiçoamento, a partir de referencial teórico-metodológico cientificamente reconhecido, de critérios e metodologias de definição e aferição de pobreza, colaborando com o desenho, implementação e avaliação políticas no combate à pobreza e promoção de direitos e da dignidade humana.

2. POBREZA COMO VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA GLOBAL: RETOMADA HISTÓRICA

Como antecipado, esta seção revisita a emergência histórica da pobreza como uma preocupação do sistema global de direitos humanos. Visa a esclarecer como foi conceituada, problematizada e gradualmente incorporada ao discurso jurídico de cooperação internacional. Ao invés de assumir uma progressão linear em direção a uma compreensão baseada em direitos, traça as ambiguidades, descontinuidades e contestações que marcaram essa trajetória. Ao fazê-lo, revela que o enquadramento da pobreza como questão de direitos humanos não se deu de forma conceitualmente nem normativamente coerente, oscilando entre noções de dignidade, necessidades básicas, capacidades e violações de direitos.

No Relatório Final sobre Direitos e Pobreza Extrema (1996) – de acordo com o autor, “o primeiro estudo sobre pobreza extrema realizado pelas Nações Unidas sob a perspectiva dos direitos humanos”³⁷ – o Relator Especial L. Despouy afirma que, em todos os documentos importantes sobre o tema, nos 10 anos anteriores, e particularmente na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos e na Cúpula Mundial para o Desenvolvimento Social, “a pobreza extrema foi identificada como uma negação dos direitos humanos em geral”³⁸.

A afirmação não procede. A pobreza não era, até então, definida nestes termos, em abordagem baseada em direitos humanos. Tratando da pobreza extrema, a Declaração e o Programa de Ação de Viena definem-na como violação da dignidade humana, constituindo, então, um sério obstáculo que inibe o pleno gozo de todos os direitos humanos³⁹. Decerto, a dignidade humana compõe a base dos direitos humanos, permitindo argumentar que a violação daquela

37 DESPOUY, 1996, p. 05.

38 DESPOUY, 1996, p. 41.

39 ONU, 1993b, pp. 06, 09 e 11.

implica a negação destes últimos. Contudo, não é isso o que o texto “cuidadosamente negociado” e diante da relutância dos Estados em aceitar a responsabilidade em relação à questão, efetivamente prevê⁴⁰.

O documento retoma posição da Comissão de Direitos Humanos – substituída, em 2006, pelo Conselho de Direitos Humanos – datada de 1989, na qual, afirmando que a pobreza extrema corresponde a uma violação da dignidade humana, recorda que a “eliminação da pobreza generalizada e o pleno gozo dos direitos económicos, sociais e culturais” compõem objetivos interligados⁴¹. De acordo com Ploszka, trata-se da primeira vez que a Comissão identifica a pobreza extrema como um “distinto problema de direitos humanos”⁴².

Quanto à Declaração e ao Programa de Ação de Copenhague, firmados em 1995, aprofundam entendimentos e compromissos em relação à erradicação da pobreza, por meio de ações nacionais e cooperação internacional, tomada como “um imperativo ético, social, político e econômico da humanidade”⁴³. Conforme já havia reconhecido pouco antes a Assembleia Geral da ONU⁴⁴, a pobreza é tomada como um “problema complexo e multidimensional”. De causas múltiplas, inclusive estruturais, conforme explicita o Programa de Ação, a pobreza manifesta-se de diferentes formas: falta de recursos, fome e desnutrição, acesso ou acesso limitado à educação, à saúde e a outros serviços básicos, inadequação de moradia, discriminação e exclusão, bem como “falta de participação na tomada de decisões e na vida civil, social e cultural”⁴⁵.

Se o objetivo de erradicação da pobreza aparece de par com a promoção de direitos humanos, a definição da pobreza “absoluta” – melhor denominada “extrema” –, não se efetiva em abordagem baseada em direitos. É tomada como condição caracterizada pela privação severa das necessidades básicas que, afirma-se, “depende não apenas da renda, mas também do acesso a serviços sociais”, incluindo alimentação, água potável, instalações sanitárias, saúde, moradia, educação e informação⁴⁶. A origem desta noção, importa mencionar, remete-nos novamente ao Banco Mundial, sob a gestão de McNamara, tendo a organização, na década de 1990, associado sua satisfação à linha internacional e, a partir de então, tentado sem sucesso, refinar a métrica em resposta às críticas que recebe⁴⁷.

40 ALSTON, 2005, p. 787.

41 COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS, 1989.

42 PLOSZKA, 2023, p. 03

43 ONU, 1996b, p. 10.

44 ONU, 1993a.

45 ONU, 1996b, p. 38.

46 ONU, 1996b, p. 09, 38 e 40.

47 FILMER, FU & LÓPEZ-CALVA, 2025.

Eis o quadro em que Despouy se debruça sobre a matéria. Mais um dos muitos que – como os autores deste artigo –, não pobres, dispõem-se a escrever sobre aqueles que são⁴⁸. Revelando a distância a partir da qual realiza sua análise, o Relator começa com perguntas em relação a “eles”, os pobres: “O que realmente sabemos sobre essas pessoas? Quantas são? Como e onde vivem?”. Seu objetivo é trazer “uma visão geral da pobreza extrema sob a abordagem dos direitos humanos, incentivar uma consciência genuína da gravidade do fenómeno, torná-lo mais conhecido e, assim, promover meios mais adequados para erradicá-lo”⁴⁹.

Em argumentação que se torna quase um padrão em textos sobre o tema, identifica que os critérios tradicionalmente utilizados na definição, mediação e enfrentamento da pobreza revelam-se inadequados, reducionistas e/ou baseadas na renda. Assumindo perspectiva jurídica, define-a como a “negação, não de um único direito ou de uma determinada categoria de direitos, mas dos direitos humanos como um todo”. Entendida como “ilustração clara da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos”, completa: “a pobreza é uma violação não apenas dos direitos econômicos e sociais (...) mas também, e em igual medida, dos direitos civis, políticos e culturais, bem como do direito ao desenvolvimento”⁵⁰. Na mesma linha, a Relatora sucessora, Lizin, identifica a pobreza extrema como violação ou negação de todos os direitos humanos, distinguindo-a da pobreza apenas: “Um indivíduo em situação de pobreza ainda tem a possibilidade de exercer certos direitos, enquanto a pobreza extrema implica uma total ausência de recursos e meios de integração social”⁵¹.

Tal perspectiva se difunde em organismos que integram o sistema global de direitos humanos. Isso, de forma vinculada à abordagem liberal e abstrata das capacidades de Amartya Sen, que passa a compor a base teórica do modelo de desenvolvimento do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD)⁵². Em “Desenvolvimento como Liberdade”, Sen toma a pobreza como “privação de capacidades básicas em vez de meramente como baixo nível de renda, que é o critério tradicional de identificação da pobreza”⁵³. Define capacidade como “um tipo de liberdade: a liberdade substantiva de realizar combinações alternativas de funcionamentos (ou, menos formalmente expresso, a liberdade para ter estilos de vida diversos)”⁵⁴. Daí a visão sobre o desenvolvimento humano do PNUD: o “processo de ampliação das escolhas das pessoas”,

48 CHAMBERS, 1995, p. 179.

49 DESPOUY, 1996, pp. 04 e 07.

50 DESPOUY, 1996, p. 35.

51 LIZIN, 2000, p. 08 e 25.

52 PNUD, 1990.

53 SEN, 2010, p. 101.

54 SEN, 2010, p. 87.

que, complementa, tem dois lados: a “formação de capacidades humanas, como melhoria da saúde, do conhecimento e das habilidades”; e o “uso que as pessoas fazem de suas capacidades adquiridas – para lazer, fins produtivos ou para participação ativa em assuntos culturais, sociais e políticos”⁵⁵. De tudo isso, a liberdade coloca-se como o fim e a motivação comuns dos direitos humanos e do desenvolvimento⁵⁶.

Valendo-se de referida abordagem, o CDESC dedica-se, em 2001, à pobreza como questão que emerge na implementação do Pacto. Concordando com a compreensão da pobreza “de forma mais abrangente como a falta de capacidades básicas para viver com dignidade”, define-a como uma condição caracterizada pela privação dos “recursos, capacidades, escolhas, segurança e poder necessários para o gozo de um padrão de vida adequado e de outros direitos civis, culturais, econômicos, políticos e sociais”. Trata-se, conclui, de compreensão multidimensional que reflete a natureza indivisível e interdependente dos direitos humanos⁵⁷.

Em 2006, o ACNUDH publica o documento “Princípios e diretrizes para uma abordagem de direitos humanos às estratégias de redução da pobreza”, com o objetivo de auxiliar Estado, organizações internacionais e profissionais a “traduzir normas, padrões e princípios de direitos humanos em políticas e estratégias voltadas aos mais pobres”. Também fortemente influenciada pela teoria seniana, define a pobreza como a “negação do direito de uma pessoa a uma série de capacidades básicas — como a capacidade de ser adequadamente nutrido, de viver com boa saúde e de participar nos processos de tomada de decisão e na vida social e cultural da comunidade⁵⁸.

Por fim, menciona-se a aprovação pelo Conselho de Direitos Humanos, em 2012, dos Princípios Orientadores sobre Pobreza Extrema e Direitos Humanos. Trazendo diretrizes sobre como aplicar as normas de direitos humanos em esforços de combate à pobreza, segue com o enfoque das capacidades para afirmar que se trata de “um fenômeno multidimensional que abrange a falta tanto de renda quanto das capacidades básicas para viver com dignidade”⁵⁹. Todavia, a definição apresentada revela-se confusa quanto à abordagem de direitos humanos adotada. Tomada como uma “preocupação urgente em matéria de direitos humanos”, a pobreza é, primeiro, entendida como “causa e consequência de violações de direitos humanos”, na linha defendida por F. Costa. Na sequência, o documento se inclina para um enfoque da pobreza como violação, em si, de tais direitos, ao trazer, como sua característica, “as múltiplas violações que se re-

55 PNUD, 1990, p. 10.

56 PNUD, 2000, p. 02.

57 CDESC, 2001, pp. 02 e 03.

58 ACNUDH, 2006, pp. iii, 02 e 07.

59 CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS, 2012, p. 04.

forçam mutuamente dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais”⁶⁰. No mesmo ano, a Assembleia Geral da ONU, em Resolução sobre a temática de “direitos humanos e pobreza extrema” ressalta que Princípios Orientadores constituem ferramenta útil para os Estados na formulação e implementação de políticas de combate à pobreza⁶¹. O documento, entretanto, é pouco observado e referido pelos Estados e órgãos da ONU⁶².

Em conjunto, esta reconstrução histórica revela que a articulação da pobreza no sistema global de direitos humanos permanece marcada por instabilidade conceitual e ambivalência política. Embora uma corrente interpretativa cada vez mais dominante apresente a pobreza como fenômeno multidimensional ligado à negação de direitos, essa perspectiva não emerge de uma consolidação doutrinária clara e consistente. A coexistência de abordagens concorrentes — que vão desde necessidades e capacidades básicas até reivindicações mais explícitas de violações de direitos — reflete não apenas divergências teóricas, mas também a relutância de Estados e instituições em abraçar plenamente as implicações jurídicas do reconhecimento da pobreza como uma questão de direitos exigíveis. É precisamente essa tensão entre reconhecimento e limitação que fundamenta o discurso contemporâneo sobre direitos humanos e a pobreza, preparando o terreno para sua reavaliação crítica no que se segue.

2. GOVERNANÇA GERENCIAL DA POBREZA

A pobreza, contudo, falamos, segue uma realidade global, atingindo principalmente povos periféricos e grupos vulnerabilizados: mulheres, pessoas negras, povos indígenas, deslocados forçados, pessoas com deficiência, idosos, entre outros grupos usualmente referidos como minorias, mas que compõem, no conjunto, a imensa maioria global⁶³.

A cada nova declaração e programa lançado, a ONU renova compromissos não cumpridos, relatando o cenário de persistência da pobreza. Ao anunciar o objetivo de erradicação da pobreza, a Declaração e Programa de Ação de Copenhague, nos anos 1990, faziam referência a mais de um bilhão de pessoas no mundo em condições de extrema pobreza, principalmente em países periféricos, mencionando como grupos mais vulneráveis mulheres, crianças, idosos, pessoas com deficiência, indígenas e deslocados forçados⁶⁴. Em 2008, ao proclamar a Segunda Década para a Erradicação da Pobreza, a Assembleia Geral trazia a preocupação com o progresso desigual na redução da pobreza, após a primeira Década e a meio caminho dos ODM, chamando a atenção para o aumento da

60 CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS, 2012, p. 04.

61 ONU, 2012.

62 PLOSZKA, 2023.

63 CAMPBELL-STEPHENS, 2021.

64 ONU, 1996b,

pobreza entre grupos vulnerabilizados e em regiões periféricas⁶⁵. Ao instituir a Terceira Década, dez anos depois, a Assembleia permanecia “profundamente preocupada”, diante de 1,6 bilhão de pessoas vivendo ainda em pobreza multidimensional e do número “inaceitavelmente alto” de pessoas em extrema pobreza. Reforçava, então, sua erradicação, na forma do ODS 01, como “o maior desafio global e um requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável”⁶⁶.

Com base na linha internacional do Banco Mundial – inicialmente em piso de um dólar por dia quando foi estabelecida e atualizada em 2025 para US\$ 3,00 – estima-se a população mundial em extrema pobreza em torno de 830 milhões de pessoas⁶⁷. Na América Latina, conforme dados de CEPAL de 2023⁶⁸, 27% da população vivia em situação de pobreza, sendo 10,6% classificada como extremamente pobre. O Brasil não possui um parâmetro oficial, utilizando, no acompanhamento do cumprimento das metas estabelecidas no ODS 01, a linha do Banco Mundial⁶⁹. Com base em seu critério específico para países de renda média alta (US\$ 8,30), estima-se 23,4% população brasileira em situação de pobreza⁷⁰. Trata-se, de todo modo, de métricas arbitrárias e inadequadas que subestimam os números sobre a pobreza. Mas mesmo elas revelam um cenário grave de privação, levando a ONU a reconhecer que também o ODS 01 não será cumprido⁷¹.

Se Lizin identificava a “falta de compromisso político” como grande obstáculo na luta contra a pobreza extrema, ao que somava, ainda, a fragilidade administrativa e econômica de muitos Estados⁷², o também Relator Especial P. Alston, em seu Relatório Final publicado em 2020, descortina de forma mais adequada a realidade enfrentada, identificando-a como o resultado de uma “escolha política” que “perpetua práticas discriminatórias baseadas em gênero, condição social, raça e religião”⁷³. Acrescentamos, aqui: mais do que uma escolha, trata-se de uma determinação, uma necessidade. A permanência da realidade de pobreza, apesar dos compromissos orientados ao seu combate e à promoção dos direitos humanos, revela, por um lado, a contradição entre o discurso e a prática; por outro, é sinal de coerência estrutural. A pobreza é um elemento constitutivo do sistema imperialista global capitalista, racista e patriarcal.

65 ONU, 2008.

66 ONU, 2018, p. 08.

67 ONU, 2025; HASELL, ROHENKOHL & ARRIAGADA, 2025.

68 CEPAL, 2024.

69 IPEA, 2024; GORDON, NANDY & CABRAL, 2025.

70 BANCO MUNDIAL, 2025.

71 ONU, 2025.

72 LIZIN, 2000, p. 25.

73 ALSTON, 2020, p. 15.

Ainda na primeira parte do século XX, Lênin define o imperialismo como um sistema global de subjugação colonial, referindo-o ao estágio de desenvolvimento do capitalismo em que a exportação de capital adquiriu marcada importância, implicando a divisão do mundo entre as potências econômicas. Compõe um sistema de asfixia econômica da maioria da população do planeta por alguns poucos países “avançados”: potências militares que dominam o mundo, arrastando-o para “sua guerra pela partilha do seu saque”⁷⁴.

Também faz parte desse pacote, os discursos e as ações, ainda que contraditórias e ineficazes, de combater a pobreza sabendo do seu papel coadjuvante – mas ainda assim central – no cenário neoliberal, já que, de acordo com Draibe, entre as razões que dificultam a identificação das ações neoliberais e sua vinculação com o imperialismo capitalista, está aquele de ordem teórica, que sustenta uma ideologia heterogênea, sem “corpo teórico próprio, original e coerente”⁷⁵.

Os processos de descolonização não implicaram a superação das relações de dominação e exploração. Na estruturação imperialista das relações internacionais, os Estados periféricos – e sua população racializada, na distinção brancos/europeus/civilizados e não-brancos/bárbaros/não-europeus⁷⁶ – a despeito da independência político-jurídica, seguiram presos nas malhas da *dependência*⁷⁷, no âmbito da divisão internacional do trabalho.

Marini destaca, nesse sentido, a função cumprida pela América Latina – que vivencia seus processos de independência jurídica ainda no Século XIX – no desenvolvimento do capitalismo, por meio da oferta barata de alimentos e matéria-prima. Permitiu o crescimento econômico dos países centrais, vinculado à melhoria das condições de vida de sua classe trabalhadora. Isso, porém, com base na maior exploração do trabalhador periférico⁷⁸. Afinal, a situação de dependência tem sua razão de ser na superexploração da força de trabalho e na transferência de mais-valia da periferia para os países centrais⁷⁹.

A superexploração do trabalho funciona como mecanismo de compensação, nos países periféricos, desfavorecidos no âmbito do comércio internacional profundamente desigual. A solução adotada pela burguesia nacional não é se contrapor às relações comerciais injustas e à consequente perda de lucratividade, mas compensá-la no plano interno, por meio da superexploração do trabalhador. Vale-se da intensificação do trabalho, da ampliação da jornada e

74 LÊNIN, 2011, p. 110.

75 DRAIBE, 1993, p. 86.

76 QUIJANO, 2014.

77 LÊNIN, 2011.

78 MARINI, 2000.

79 PAZELLO, 2018.

da expropriação de parte do trabalho necessário para a reposição da força de trabalho⁸⁰.

No contexto africano pós-descolonização, na 2ª metade do Século XX, Nkrumah retoma a obra de Lênin para descrever a situação então vivida como o neocolonialismo, “o último estágio do imperialismo”. Sua essência, explica, reside no fato de que o “Estado a ele submetido é, em teoria, independente e possui todas as aparências exteriores da soberania internacional. Na realidade, seu sistema econômico e, conseqüentemente, sua política são dirigidos de fora”⁸¹.

Nesse cenário, a despeito do enorme excedente de capital nos países avançados, o capitalismo não pode proporcionar a elevação do padrão de vida da população mundial que vive na pobreza. Se fizesse isso, deixaria de ser capitalismo, posto que o “desenvolvimento desigual e a subalimentação das massas são as condições e as premissas básicas, inevitáveis, deste modo de produção”⁸². Enfim, enquanto o capitalismo for capitalismo, o excedente de capital será empregado não à elevação do nível de vida da população, mas ao aumento de lucros através da exportação de capitais para os países “atrasados”⁸³. Debates no sentido de que a “pobreza é evitável a um custo muito baixo” com propostas de redistribuição de um por cento ou menos da renda global para a erradicação da pobreza extrema⁸⁴ revelam-se ingênuos, quando não mal-intencionados. Ainda que factíveis, contra todas as expectativas, significariam não mais do que restituir aos pobres parcela ínfima de riqueza deles expropriada, sem questionar a engrenagem imperialista da expropriação.

Quanto ao direito internacional, constitui-se, com todas as limitações estruturais, como um campo de disputa⁸⁵. Observamos avanços no campo da positivação dos direitos humanos, do reconhecimento da autodeterminação dos povos e do direito ao desenvolvimento⁸⁶. Isso, como resultado da pressão de grupos vulnerabilizados e povos marginalizados e concessões de países centrais visando à correção dos piores efeitos da ordem estabelecida, mantendo intactas as determinações estruturais⁸⁷. Mas o direito definitivamente não acabou com a dominação e exploração colonial/imperialista, muitas vezes servindo, para sua efetivação⁸⁸. Nessa linha, trazendo panorama histórico sobre o funcionamento

80 MARINI, 2000.

81 NKRUMAH, 1965, p. 04.

82 LÊNIN, 2011, p. 181.

83 LÊNIN, 2011, p. 181.

84 POGGE, 2012.

85 MARX, 2023, p. 466.

86 Nesse sentido, ONU, 1961; 1971; 1974; 1986.

87 MÉSZÁROS, 2008.

88 KNOX, 2016.

da ordem jurídica internacional, o Primeiro-ministro canadense, Mark Carney, no Fórum Econômico Mundial em Davos, no início de 2026, destaca que:

Durante décadas, países como o Canadá prosperaram sob o que chamávamos de ordem internacional baseada em regras. Aderimos às suas instituições, elogiamos seus princípios e nos beneficiamos de sua previsibilidade. E, graças a isso, pudemos seguir políticas externas baseadas em valores sob sua proteção. Sabíamos que a história de uma ordem internacional baseada em regras era parcialmente falsa, que as potências mais fortes se isentavam quando lhes convinha e que as regras comerciais eram aplicadas de forma assimétrica. E sabíamos que o direito internacional era aplicado com maior ou menor rigor dependendo da identidade do acusado ou da vítima. Essa ficção foi útil⁸⁹.

Na continuidade histórica das relações capitalistas imperialistas, o direito ainda desempenha papel fundamental. Legaliza estrutura em que o desenvolvimento e padrão de vida desfrutado por poucos países centrais se dá à custa da expropriação de recursos, superexploração do trabalhador e empobrecimento das nações periféricas⁹⁰. Em suma, serve a um sistema que perpetua a pobreza⁹¹, promovendo pilhagem e subordinação da maior parte do mundo⁹². Eis o paradoxo no debate da pobreza e direitos humanos: as determinações jurídicas que prometem combater a pobreza compõem ordenamento que acaba amparando também as estruturas que a reproduzem.

Inseridos nessa institucionalidade, e direcionados por um corpo teórico claudico⁹³, os direitos humanos (re)afirmam direitos para todos, ao mesmo tempo que limitam os horizontes de sua realização. Nesse sentido, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece um amplo conjunto de direitos sociais: direito a um padrão de vida adequado, incluindo alimentação, vestimenta e moradia adequadas; trabalho em condições justas; descanso e lazer; seguridade social; saúde; educação; participação na vida cultural e nos benefícios do progresso científico; e proteção da maternidade e da infância. Ao mesmo tempo, limita o compromisso estatal com sua concretização à adoção de medidas “até o máximo de seus recursos disponíveis” visando a assegurar “progressivamente” seu pleno exercício⁹⁴.

Explica o CDESC, o Pacto integra estrutura jurídica a partir da qual devem ser construídas políticas de erradicação da pobreza em nível nacional e internacional. Compreende, para tanto, a pobreza em abordagem baseada nos direitos humanos que reconhece direitos e enfatiza as obrigações dos Estados,

89 CARNEY, 2026.

90 PEMBERTON, GORDON & NANDY, 2012.

91 CHAMBERS, 1995.

92 MUTUA, 2000.

93 DRAIBE, 1993.

94 ONU, 1966.

dentre outros atores, apoiando-se num adequado sistema de responsabilização (*accountability*): afinal, “a menos que sejam sustentadas por um sistema de responsabilização, eles não passarão de mera fachada”⁹⁵. Daí, se os direitos sociais, econômicos e culturais constam como sujeitos à disponibilidade de recursos e podem ser realizados progressivamente, o Comitê estabelece, conforme sua Observação Geral nº 3, que os Estados têm a “obrigação fundamental mínima de assegurar a satisfação, ao menos, dos níveis essenciais mínimos de cada um dos direitos”. Se o Pacto não for interpretado de forma a estabelecer tal obrigação mínima, conclui, ele “seria em grande parte desprovido de sua razão de ser”⁹⁶.

No Comentário Geral nº 9, o Comitê trata da aplicação interna do Pacto, afirmando a obrigação estatal de concretizar os direitos nele reconhecidos, à luz de dois princípios de direito internacional. Primeiro, de acordo com o Art. 27 da Convenção de Viena do Direitos dos Tratados, a proibição de invocação, pelos Estados, das disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado⁹⁷. O segundo, previsto no Art. VIII da Declaração Universal, é a garantia de acesso ao Poder Judiciário, em caso de violação de direitos humanos⁹⁸. Remete à questão da “justiciabilidade”.

Trata-se, contudo, de princípios frequentemente violados ou restringidos no que diz respeito aos direitos econômicos, sociais e culturais⁹⁹. Citamos, nesse sentido, a invocação pelo Poder Público, no Brasil, da doutrina da “reserva do possível”, a fim de justificar a falha na prestação de serviços públicos, sob o argumento das restrições orçamentárias¹⁰⁰. Embora o Supremo Tribunal Federal já tenha reconhecido a inaplicabilidade do tema sempre que comprometa o “mínimo existencial”¹⁰¹, bem como admitido que benefícios destinados a garantir uma renda mínima aos brasileiros sejam excluídos do teto de gastos públicos¹⁰², o conteúdo desse mínimo permanece indefinido. Ao regulamentar o não comprometimento do mínimo existencial em situações de superendividamento em dívidas de consumo, o Decreto Federal nº 11.150/2022, com redação dada pelo Decreto Federal 11.567/2023, fixa-o no valor de R\$ 600,00¹⁰³, inferior à linha internacional do Banco Mundial.

Enfim, em que pese os esforços hermenêuticos do CDESC, a força vinculante da lei segue repousando no poder político e econômico do titular do

95 CDESC, 2001, p. 04.

96 CDESC, 1990.

97 BRASIL, 2009.

98 ONU, 1948.

99 CDESC, 1998, pp. 01-03.

100 WASILEWSKI & GABARDO, 2021.

101 BRASIL 2011.

102 BRASIL, 2022.

103 BRASIL, 2022.

direito, revelando a fragilidade dos mecanismos institucionais para o combate à pobreza e relegando os direitos sociais ao âmbito dos princípios diretivos e normas programáticas¹⁰⁴. Os compromissos assumidos permanecem débeis diante da discricionariedade, da fraqueza estrutural estatal e das assimetrias econômicas globais. Mesmo a ONU, quando manifesta sua profunda preocupação com o número de pessoas que ainda vivem em pobreza e proclama a terceira Década para sua erradicação, deixa claro que sua implementação deve ocorrer, somente, “dentro das estruturas existentes e dos recursos disponíveis”¹⁰⁵.

O direito internacional e, a partir dele, a compreensão da pobreza em abordagem baseada em direitos humanos, funcionam, desse modo, como ferramenta da governança *gerencialista* da pobreza que não pode mais do que mitigar os efeitos mais nefastos do sistema. A pobreza aparece como um problema de gestão¹⁰⁶, cuja resposta adequada demanda o uso de medidas quantitativas e estatísticas, bem como de indicadores reducionistas e arbitrários que permitem avaliá-la e classificá-la globalmente como uma categoria universal, ignorando as especificidades do contexto e da história; falhando em apreendê-la em sua relatividade, multidimensionalidade e causas estruturais. Tudo em favor de um conhecimento superficial, porém padronizado¹⁰⁷ que não resulta em efetivo combate.

Aqui, mais uma vez, a linha internacional de pobreza do Banco Mundial. Limita-se a uma linha de pobreza “típica” de países pobres¹⁰⁸. Muito distante da ideia de garantir um núcleo mínimo de direitos humanos a serem obrigatoriamente atendidos, reflete não mais que um nível de vida extremamente precário¹⁰⁹, um “padrão de subsistência miserável”¹¹⁰. Embasa, assim, conforme critica Alston, avaliações enganosas quanto ao progresso na eliminação da pobreza, mascarando o precário estado de privações em que sobrevivem bilhões de pessoas¹¹¹. E mesmo considerando apenas esse parâmetro, o processo de eliminação da pobreza extrema global nas últimas décadas está estagnado, em decorrência das restrições estruturais impostas aos países periféricos pela ordem econômica internacional¹¹².

Na América Latina, verifica-se, ainda, desde o final da década de 1970, a medição da pobreza regional realizada pela CEPAL, valendo-se de linha basea-

104 PEMBERTON, GORDO & NANDY, 2012.

105 ONU, 2018.

106 KOSKENNIEMI, 2007; CLEMENTS, 2017.

107 MARRY, 2011.

108 BANCO MUNDIAL, 1990, 2001.

109 GORDON, CABRAL & NANDY, 2025.

110 ALSTON, 2020, p. 01.

111 ALSTON, 2020.

112 ROSER, 2025.

da na renda familiar, definida a partir de dados extraídos de pesquisas nacionais de domicílios. A linha de pobreza resulta da soma do custo de aquisição de cesta básica de alimentos – considerando necessidades nutricionais mínimas e padrão de consumo de grupo de referência –, e do custo de “outros bens e serviços”, calculado a partir de razão entre a despesa alimentar e a despesa total do grupo de referência (o coeficiente de Orshansky). Isso, “sem especificar que tipo de necessidades se pretende satisfazer com esse valor”¹¹³.

Menciona-se, também, o Índice de Pobreza Multidimensional (IPM), lançado em 2010 pela Oxford Poverty and Human Development Initiative (OPHI), em parceria com o PNUD. A metodologia incorpora perspectiva multidimensional, trazendo indicadores distribuídos em dimensões como saúde, educação e padrão de vida¹¹⁴. Amplamente utilizada no plano internacional, tem sido duramente criticada pela fundamentação falha para a escolha de suas dimensões, indicadores e pesos¹¹⁵ que, no final das contas, podem ser vistos como uma coleção arbitrária de itens que os autores consideram ruins¹¹⁶.

Clamando por sua própria confiabilidade, validade e adequação, de modo a permitir decisões políticas racionais cientificamente amparadas, no tema da pobreza, tais metodologias de medição acabam, no fim, produzindo o complexo fenômeno que pretendem medir¹¹⁷, forjando-o de forma bastante restrita e simplificada, com este ou aquele conteúdo, abrangendo esta ou aquelas dimensões. Isso, no âmbito de uma “gestão perpétua da pobreza”¹¹⁸, desatenta aos parâmetros e compromissos assumidos no Direito internacional dos direitos humanos, recepcionado, aqui, em termos técnicos e apolíticos¹¹⁹.

Acontece que os direitos humanos e os indicadores para a aferição de seu (não) atendimento são inevitavelmente políticos, representando as perspectivas daqueles que os produzem e os aplicam: o que e como é medido depende dos grupos com o poder de promover a medição¹²⁰. Daí a importância de politizar o debate.

Com Koskenniemi, a politização da governança significa repensar a atividade dos atores internacionais não como a “produção técnica de decisões predeterminadas por alguma lógica anônima, mas como escolhas feitas por homens e mulheres bem-posicionados em vários locais onde o poder se manifesta”, incluindo Estados, organizações internacionais, corporações, grupos de

113 CEPAL, 2019, p. 23.

114 SANTOS et al, 2015.

115 NÁJERA CATALÁN & GORDON, 2020.

116 GORDON & NANDY, 2012.

117 MERRY, 2011.

118 LEICHTWEIS, 2025.

119 KOSKENNIEMI, 2007.

120 KOSKENNIEMI, 2007; 2011; MERRY, 2011.

interesse, empresas, agências de desenvolvimento, universidades etc.¹²¹ Significa, então, utilizar o direito internacional, os direitos humanos e os compromissos de combate à pobreza como ferramenta política que “resiste a ser reduzida a uma técnica de governança”¹²². Por isso, nossa proposta para uma definição da pobreza que, baseada em direitos humanos, abra caminho, a partir de um uso político-tático do direito, para seu efetivo combate e erradicação.

3. PARA UMA DEFINIÇÃO DA POBREZA BASEADA NOS DIREITOS HUMANOS

A luta contra a pobreza envolve entendimentos e compromissos em relação à sua definição, medição e políticas de combate, a partir de uma perspectiva predefinida¹²³. No âmbito da ONU, vimos, a pobreza vem sendo apreendida em perspectiva baseada nos direitos humanos tecida com o amparo da abordagem das capacidades de Sen¹²⁴. Concentrando-se na noção de liberdade humana, defende o ACNUDH, haveria “uma transição natural das capacidades para os direitos”. Pois, para o órgão da ONU, “a maioria dos direitos humanos diz respeito ao direito da pessoa humana a certas liberdades fundamentais”, como a “liberdade de não passar fome”, de “não estar doente” e de “não ser analfabeta”. A abordagem das capacidades, por sua vez, exigiria a avaliação da qualidade das estruturas sociais em termos do “florescimento das liberdades humanas”. Por isso, sugere que tal enfoque “fornece uma ponte conceitual entre os discursos sobre pobreza e direitos humanos”¹²⁵.

Não é o espaço para o estudo aprofundado de avanços e, especialmente, das limitações da proposta liberal-individualista seniana, que, explica Dean, priorizando a liberdade individual, não analisa com a devida atenção os impedimentos estruturais à sua realização, associados ao modo capitalista de produção¹²⁶. Enfatiza-se, de todo modo, que trazer tal perspectiva para o estudo da pobreza e direitos humanos não se mostra “natural”, adequada, muito menos necessária¹²⁷.

Analisar a pobreza a partir do enfoque seniano implica, em suma, trazer novos e abstratos conceitos – capacidade, combinações de funcionamentos e florescimento de liberdades – que, dispensáveis para a compreensão do fenômeno, numa abordagem baseada em direitos, implicam mais elementos a serem integrados à teoria, tornando-a mais complexa e abstrata, distanciando-a mais

121 KOSKENNIEMI, 2007, p. 29.

122 KOSKENNIEMI, 2007, p. 30.

123 GORDON, NANDY & CABRAL, 2025.

124 SEN, 2010.

125 ACNUDH, 2004, pp. 03 e 06.

126 DEAN, 2009.

127 COSTA, 2008.

e mais da prática. No debate com Sen, Townsend critica-o afirmando que, com sua “adaptação sofisticada do individualismo”, o autor apresenta “argumentos insuficientes para tratar a ‘capacidade’ como um conceito-chave na análise das tendências dos padrões de vida”¹²⁸. A tradução desse discurso para o direito, com a operacionalização de seus conceitos, torna a tarefa da definição da pobreza ainda mais árdua. Atrapalha muito mais do que, até aqui, pode contribuir. Serviu, no fim, ao enfoque a partir do qual compromissos e normas direcionadas à temática da pobreza, no âmbito do sistema internacional, vem sendo instrumentalizados em uma governança gerencialista.

Eis o cenário em que propomos outra perspectiva para a definição e enfrentamento da pobreza. A despeito da inexistência de referências nos principais tratados internacionais, debruçamo-nos sobre a questão com o olhar dos direitos humanos, identificando-a, na linha de compromissos e programas de ação analisados, como uma violação de direitos humanos¹²⁹. Mais do que isso, em que pese a não positivação expressa de um direito de não ser pobre, discordamos de parte da doutrina jurídica que nega a existência de um direito autônomo com tal conteúdo¹³⁰. A nosso ver, a afirmação desse direito é uma decorrência lógica da leitura do ordenamento jurídico e posicionamentos de órgãos internacionais sobre a matéria, que sinalizam uma compreensão da pobreza que vai além de métricas restritas e passam a reconhecer as condições estruturais que sustentam a experiência da pobreza como privação de direitos em si. Se a pobreza, em suas dimensões, remete à privação de direitos humanos; e se há um nível mínimo essencial e inderrogável de cada direito que deve ser obrigatoriamente assegurado pelos Estados e demais atores internacionais¹³¹; então, uma abordagem da pobreza baseada em direitos humanos corresponde à afirmação de um direito de não ser pobre: o direito de ter os direitos juridicamente reconhecidos garantidos na prática.

A delimitação do sentido jurídico da pobreza, sob tal perspectiva, engloba preocupações, compromissos e entendimentos, entre os quais, visando a contribuir com tal esforço, destacamos as seguintes:

(i) No debate acadêmico-científico, a pobreza é reconhecida de forma ampliada, multidimensional e relativa, tal como trazida no ODS 01. As metas, é bem verdade, como observa Alston¹³², permanecem bastante tímidas. Entre elas, erradicar, até 2030, a pobreza extrema, medida ainda com base na linha do Banco Mundial, o que, “na melhor das hipóteses, é uma meta de mera subsistência

128 TOWNSEND, 1993.

129 DESPOUY, 1996; LIZIN, 2000; CDESC, 2001; CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS, 2012.

130 SKOGLY, 2000; COSTA, 2008.

131 CDESC, 2001.

132 ALSTON, 2020.

que, mesmo se alcançada, deixaria bilhões de pessoas enfrentando privações graves”¹³³. No mesmo prazo, reduzir apenas à metade a proporção de pessoas vivendo na pobreza. Apesar disso, o enfoque relativo e multidimensional é afirmado¹³⁴, concebendo a pobreza em diferentes dimensões, respeitando-se definições nacionais¹³⁵.

No âmbito de perspectivas que avançam nesse sentido, destacamos a abordagem de Townsend¹³⁶, com a teoria da privação relativa. Identificando nossas necessidades como determinadas socialmente, apreende a pobreza como um conceito relativo ao tempo e ao lugar¹³⁷. Enquanto Sen defende a ideia de “capacidades”, Townsend se contrapõe a concepções reducionistas da pobreza, definindo-a como a falta de recursos (incluindo renda, patrimônio, acesso a serviços públicos, etc.) para usufruir de padrão de vida socialmente esperado, tanto em suas dimensões materiais (alimentação, moradia, vestuário etc.) como sociais, com a participação em atividades sociais e o desempenho de papéis como membro da família, cidadã(o), trabalhador(a), etc.¹³⁸

A teoria da privação relativa inaugura tradição, a Escola de Bristol, continuada, entre outras, pela metodologia da abordagem consensual. Conforme proposta de Mack e Lansley, a pobreza é definida como “privação forçada de necessidades socialmente percebidas”¹³⁹, identificadas com base nas percepções da sociedade, aferidas a partir da aplicação de listas de itens/atividades (como comer três refeições por dia, casa com cômodos separados para adultos e crianças e comemorar ocasiões especiais), concebidas a partir do estudo de Townsend¹⁴⁰. É base também para a abordagem multidimensional da pobreza infantil, adotada pela UNICEF¹⁴¹.

Elaboradas por especialistas no Reino Unido, com o incentivo à coleta de dados e medições quantitativas e estatísticas em países periféricos¹⁴² – seguindo tendência destacada por Merry¹⁴³ –, as metodologias merecem críticas, tendo servido à governança gerencial da pobreza. De todo modo, contribuem para enfoque da pobreza atenta à sua relatividade – a demandar, no campo jurídico, a articulação com a pretensão universalista dos direitos humanos – e multidimensionalidade, em termos de privações materiais e sociais. Sob este aspecto, a

133 ALSTON, 2020, p. 11.

134 POMATI & NANDY, 2020.

135 ONU, 2015b.

136 TOWNSEND, 1979.

137 TOWNSEND, 1979.

138 TOWNSEND, 1979.

139 MACK & LANSLEY, 1985, p. 38.

140 ASSIS, CABRAL & VEDOVATO, 2024.

141 UNICEF, 2009.

142 NANDY & POMATI, 2015.

143 MERRY, 2011.

definição da pobreza exige entendimentos sobre suas dimensões fundamentais, que guiam a identificação dos indicadores relevantes para representar cada dimensão; sobre limiares, em cada indicador, que denotam privação; e, por fim, sobre a combinação de dimensões/indicadores, ou seja, o número ou proporção de dimensões/indicadores com privação necessária para que uma pessoa seja considerada pobre¹⁴⁴.

(ii) Partindo do direito internacional dos direitos humanos, consideramos como dimensões da pobreza o não atendimento do conjunto de direitos econômicos, sociais e culturais afirmados no PDESC e outros tratados¹⁴⁵ cujos conteúdos se repetem e se complementam: alimentação, moradia, vestimenta, saúde, educação, trabalho, descanso e lazer, participação na vida cultural etc. Sem recusar a interdependência dos direitos humanos e os impactos da pobreza no exercício de liberdades civis e na participação política, assumimos o fenômeno como uma questão de privação de direitos de referida dimensão¹⁴⁶.

Permite, assim, a delimitação mais adequada do complexo conceito, evitando confusões e extensões a outros campos que dificultam sua exata apreensão e dissipam, enfraquecendo-os, esforços para seu combate. As violações às liberdades e ao direito de participação qualificam categorias como censura e autoritarismo estatal. Estão vinculadas, em geral, a contextos de pobreza. Mas não a definem em seus elementos constitutivos. Trata-se de perspectiva que, alinhada ao Preâmbulo do PDESC, conforme o qual o ideal do ser humano liberto da miséria, “não pode ser realizado a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais”¹⁴⁷, e acompanha a definição adotada na Declaração e no Programa de Ação de Copenhague¹⁴⁸, sendo, ainda, assumida por legislações como a do México¹⁴⁹ e do Equador¹⁵⁰, que, atentas à temática, vêm contribuindo sobremaneira para compreensão jurídica da pobreza no contexto latino-americano.

A abordagem assim concebida possibilita que a relação entre direito e pobreza não seja mais em termos de sua criminalização, com a responsabilização do pobre por sua condição – o que remontaria ao “pecado original econômico” de uma “súcia de vadios”¹⁵¹ – e pelos problemas do Estado. Vincula a pobreza e sua superação a omissões e prestações positivas dos Estados, impondo-lhes

144 BECCARIA & FERNANDEZ, 2020.

145 Nessa linha: ONU, 1989; ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (OEA), 1988

146 CONSEJO NACIONAL DE EVALUACIÓN DE LA POLÍTICA DE DESARROLLO SOCIAL, 2009.

147 ONU, 1966.

148 ONU, 1996b.

149 MÉXICO, 2004.

150 EQUADOR 2008.

151 MARX, 2013, p. 960.

inderrogáveis obrigações, conforme se posiciona o CDESC¹⁵², sem compactuar com limitações estabelecidas pela reserva do possível ou algo nesse sentido.

(iii) A compreensão da pobreza em abordagem multidimensional baseada nos direitos humanos envolve não apenas defini-la, em suas dimensões fundamentais e respetivos indicadores e limiares, como também teorizar (e efetivar) o que *deve ser* feito para erradicá-la¹⁵³. Nesse esforço, a leitura do direito como instituição que tem servido às estruturas que reproduzem a pobreza, funcionando como ferramenta de sua governança meramente gerencial, não implica recusar a linguagem dos direitos humanos. Dela podemos e devemos nos valer como espaço de luta, por meio do uso tático-político do direito¹⁵⁴.

As instituições jurídicas, nesta perspectiva, são compreendidas não como solução, mas como ferramenta para se opor às estruturas de dominação: se é ingenuidade acreditar no direito como caminho emancipador, por um lado; por outro, mostra-se irresponsável rejeitá-lo na luta cotidiana contra a pobreza¹⁵⁵, desarmando a população vulnerabilizada de armas, não importa quão frágeis e limitadas, por meio das quais suas reivindicações podem ganhar alguma força institucional. Nessa linha, a postura tática não é meramente teórica, valendo-se das aberturas e contradições do direito em favor da mobilização, da resistência e da transformação¹⁵⁶.

Não se busca, desse modo, aperfeiçoar as instituições para que possam, enfim, cumprir suas renovadas promessas descumpridas. Busca-se redefini-las radicalmente, gestando, no interior da formação social, condições para sua superação¹⁵⁷. Absorvendo a crítica e buscando respostas para a existência concreta, conclui Pazello, trata-se, no fim, de um (des)uso tático do direito: “uso tático do direito combinado com estratégia de extingüibilidade”¹⁵⁸.

Os espaços institucionais acadêmico-científicos são fundamentais nesse esforço. Em suas aberturas ao debate crítico, possibilitam, com base no direito internacional dos direitos humanos, o preenchimento do sentido normativo da pobreza, em suas dimensões, indicadores, linhas e políticas de combate, em suas diferentes camadas¹⁵⁹. Isso, trazendo as contribuições extraídas de compromissos, resoluções, decisões e relatórios de organismos internacionais, em matéria de direitos humanos, e fazendo das definições inseridas em declarações e programas de ação, dos estudos de relatores da ONU, dos objetivos assumidos

152 CDESC, 2001; MACK & LANSLEY, 1985; GORDON, NANDY & CABRAL, 2025.

153 GORDON, NANDY & CABRAL, 2025.

154 PAZELLO, 2018.

155 PAZELLO, 2018.

156 KNOX, 2012.

157 DEMO, 2007

158 PAZELLO, 2018, p. 1590.

159 GORDON, NANDY & CABRAL, 2025.

nas agendas globais, armas e escudos protetores¹⁶⁰ na denúncia e luta contra a pobreza.

(iv) Sob a perspectiva relativista da pobreza, a utilização da linguagem dos direitos humanos demanda mais um passo: a consideração dos direitos e garantias afirmados no âmbito das legislações nacionais e locais, assim como das contribuições teóricas e práticas de autoras(es) e de reflexões de diferentes regiões e culturas, revisitando e reelaborando os direitos humanos universais a partir da pluralidade cultural e hermenêutica¹⁶¹. Já reconhecia o Programa de Ação de Copenhague, as políticas antipobreza, além de demandar, para sua formulação, a participação democrática da população, que não devem almejar “solução uniforme com aplicação global, sendo cruciais programas específicos em cada país”¹⁶².

Desse modo, podemos avançar na articulação entre a afirmação dos direitos humanos em termos universais e o objetivo de erradicação da pobreza multidimensional, atenta à sua relatividade. Isso, atendendo ao essencial de cada direito, avançando para padrões de vida cada vez mais adequados, para além das estruturas capitalistas vigentes, e não perdendo de vista jamais o caráter relativo da pobreza e a determinação histórico-social de nossas necessidades, conforme contextos locais e plurais. Direitos humanos universais e pobreza relativa não constituem – pelo menos, não precisam constituir – conceitos contraditórios.

Apreensão da pobreza em perspectiva ampliada, relativa e multidimensional, nos termos de compromissos internacionais, acompanhando, de forma crítica, a tradição teórica de Escola de Bristol, inaugurada por P. Townsend; operacionalização da multidimensionalidade da pobreza com base nos direitos sociais, econômicos e culturais, vinculados a obrigações estatais inderrogáveis; uso político-tático dos direitos, reconhecendo a linguagem de direitos humanos como ferramenta fundamental de combate à pobreza; e atenção à composição dos direitos humanos, em sua universalidade, e o conceito relativo de pobreza, no tempo e espaço. São preocupações, compromissos e entendimentos que trazemos como contribuições fundamentais para a delimitação de um sentido jurídico da pobreza numa abordagem baseada nos direitos humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chama a atenção que a pobreza se torne um tema de direitos humanos, no âmbito da ONU, apenas na virada do Século XX, com a implantação da ordem global imperialista capitalista: um sistema que, vimos, alimenta-se da pobreza. Fortalecem-se, sem dúvida, argumentos quanto ao caráter meramente

160 CHIMNI, 2006.

161 ASSIS, CABRAL & VEDOVATO, 2024.

162 ONU, 1996b, p. 39.

ideológico do discurso de direitos humanos, incapaz de promover as promessas renovadas para serem novamente descumpridas.

Entretanto, instrumento da governança gerencial da pobreza, o direito internacional dos direitos humanos, em suas contradições e aberturas, oferece ao mesmo tempo ferramentas para seu combate. Com elas, podemos atuar no uso político e tático das instituições jurídicas, apesar de todas as suas limitações.

Compreender a pobreza em termos relativos e multidimensionais, como uma violação dos direitos econômicos, sociais e culturais, não só legitima as demandas por políticas públicas e medidas concretas voltadas para sua erradicação, mas também esclarece a orientação normativa de uma abordagem baseada nos direitos humanos. Nesse sentido, transcendemos as compreensões restritivas e métricas da pobreza e destacamos seu caráter estrutural como uma condição de privação de direitos enraizada nas ordens global e nacionais. Dessa perspectiva, e apesar da ausência de um direito expressamente codificado de não ser pobre, tal direito emerge como uma implicação lógica dos compromissos legais e interpretações institucionais existentes: se a pobreza ocasiona a negação de direitos, e se os Estados são obrigados a garantir pelo menos o núcleo essencial mínimo desses direitos, então a erradicação da pobreza não é meramente aspiracional, mas constitui, ao menos em princípio, uma obrigação jurídica. A luta contra a pobreza, portanto, passa do âmbito da discricionariedade política para o do dever coercitivo, exigindo não apenas medidas redistributivas, mas também transformações estruturais capazes de assegurar, na prática, o gozo efetivo dos direitos.

Os desafios permanecem múltiplos e intrincados. Passam pela complexa operacionalização de cada uma das dimensões da pobreza e de seus respectivos indicadores e linhas, a partir da moldura jurídica dos direitos sociais, econômicos e culturais, considerando as normas, compromissos e definições trazidos pelo direito, em suas diferentes camadas, começando pelo direito internacional, avançando para as legislações nacionais e locais. Demandam esforços para a participação e incorporação das contribuições teóricas e práticas de diferentes povos e grupos sociais, reelaborando os direitos humanos universais a partir da pluralidade cultural e hermenêutica. Exigem a atenção permanente às causas estruturais da pobreza e o objetivo de superá-las, tomando-se o cuidado de não restringir os esforços ao desenho de mais uma ferramenta de aferição e gerenciamento da pobreza, por mais precisas que sejam suas métricas. Tudo isso, reconhecendo o caráter contingente e precário das aberturas das instituições jurídicas, no contexto capitalista, para as transformações almejadas¹⁶³.

Atentos aos desafios postos e aos limites da atuação institucional, podemos, ainda assim, no campo acadêmico-científico, contribuir criticamente com

163 MONTALDI, CABRAL & TOLEDO, 2023.

a revisão de critérios de definição e aferição de pobreza, trazendo aportes ao desenho, implementação e avaliação políticas no combate à pobreza e promoção de direitos humanos. Dessa forma, trazemos aportes para que, como proposto por Alston¹⁶⁴, o objetivo de concretizar o direito humano a um padrão de vida adequado substitua miseráveis linhas de subsistência como a do Banco Mundial. Diante do beco sem saída da transformação social, referido por Freire¹⁶⁵, podemos, enfim, refletindo e atuando, identificar obstáculos ao agir e à reflexão crítica. Atuando e não podendo atuar aclaram-se os obstáculos à ação que não se aparta da reflexão, possibilitando que nos mobilizemos coletivamente para a superação e reivindicemos, na luta, o direito e seus significados.

REFERÊNCIAS

ALCOCK, Peter. *Understanding Poverty*. Basingstoke: Macmillan, 1997.

ALSTON, Philip. *Ships Passing in the Night: The current state of the human rights and development debate seen through the lens of the Millennium Development Goals*. *Human Rights Quarterly*, 27(3), 755–829, 2005.

ALSTON, Philip. *The parlous state of poverty eradication. Final Report as UN Special Rapporteur on Extreme Poverty and Human Rights (2014-2020)*, A/HRC/44/40, 2020.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS (ACNUDH). *Special Rapporteur on Extreme Poverty and Human Rights*. [S. d.]. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-poverty>. Acesso em 2/07/2026.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS (ACNUDH). *Human Rights and Poverty Reduction. A Conceptual Framework*. ONU: New York/Geneva, 2004.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS (ACNUDH). *Principles and Guidelines for a Human Rights Approach to Poverty Reduction Strategies*. Genebra, 2006. Disponível em: <https://www.refworld.org/policy/legalguidance/ohchr/2006/46987>. Acesso em 21/03/2026.

ASSIS, Ana Elisa S. Q., CABRAL, Guilherme P. & VEDOVATO, Luís Renato. *Connecting the Consensual Approach for Measuring Multidimensional Poverty and Paulo Freire's Thought: A Possible Dialogue*, *Journal of Poverty*, 01-18. <https://doi.org/10.1080/10875549.2024.2443739>.

BANCO MUNDIAL. *World Development Report 1990: Poverty*. Washington, DC, 1990.

164 ALSTON, 2020.

165 FREIRE, 1979; CABRAL & MORENO, 2022.

BANCO MUNDIAL. World Development Report 2000/2001: Attacking Poverty. Washington, DC, 2001.

BANCO MUNDIAL. Poverty and inequality platform, 2025. Disponível em: <https://pip.worldbank.org/country-profiles/BRA>. Acesso em 21/03/2026.

BECCARIA, Luis & FERNANDEZ, Ana Laura. Measuring multidimensional poverty using household surveys, *Problemas del Desarrollo*, 51 (200), 2020.

BRASIL. Decreto nº 7.030 de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em 21/03/2026.

BRASIL. Decreto nº 11.150 de 26 de julho de 2022. Regulamenta a preservação e o não comprometimento do mínimo existencial para fins de prevenção, tratamento e conciliação de situações de superendividamento em dívidas de consumo, nos termos do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/d11150.htm. Acesso em 21/03/2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 639.337/SP (Relator Ministro Celso de Mello), 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 7.300/DF (Relator Ministro Gilmar Mendes), 2022.

CABRAL, Guilherme Perez & MORENO, Viviane Tavares Leite. Educação para a cidadania global (UNESCO): um discurso reformista neoliberal. *Carta Internacional*, 17(3), e1255., 2023. <https://doi.org/10.21530/ci.v17n3.2022.1255>.

CAMPBELL-STEPHENS, R. M. Educational leadership and the global majority: decolonising narrative. Palgrave Macmillan, 2021.

CARNEY, Mark. “Estamos em meio a uma ruptura, não a uma transição”. Discurso de Mark Carney. Instituto Humanitas Unisinos – IHU, 2026. Disponível em: <https://www.ihu.unisinos.br/categorias/662229-estamos-em-meio-a-uma-ruptura-nao-a-uma-transicao-discurso-de-mark-carney>.

CHADWICK, Anna, ESLAVA, Luis & JOKUBAUSKAITE, Giedre. The New Developmental State: Freedom, Governance, and the History of the South. In Dann, P. and von Bernstorff, J (eds), *The Battle for International Law – Vol. 2*. Oxford University Press (no prelo.)

CHAMBERS, Robert. Poverty and livelihoods: whose reality counts? *Environment and Urbanization*, 7 (1), 173-204, 1995.

CHIMNI, B. S. Third World Approaches to International Law: A Manifesto. *International Community Law Review*, 8, p. 3–27, 2006.

CLEMENTS, Richard. Managerialism: The Before, During, and After of Fragmentation in International Law. *Queen Mary Law Journal*, Special conference issue 1, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 30/2018, 2017.

COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS. Human rights and extreme poverty. Resolution 1989/10, 1989. Disponível em: <https://www.refworld.org/legal/resolution/unchr/1989/en/6432>. Acesso em 21/03/2026.

COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS. Human rights and extreme poverty. Resolution 1998/25. E/CN.4/RES/1998/25, 1998.

COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS. Human rights and extreme poverty. Resolução 1993/13. E/CN.4/RES/1993/13, 1993. Disponível em: <https://digital-library.un.org/record/169752>. Acesso em: 2/07/2026.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E CARIBE (CEPAL). Income poverty measurement: updated methodology and results, Santiago, 2019.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E CARIBE (CEPAL). Social Panorama of Latin America and the Caribbean, Santiago, 2024.

COMITÊ DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS (CDESC). CESCR General Comment No. 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, para. 1, of the Covenant), 1990.

COMITÊ DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS CDESC). Substantive issues arising in the implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: poverty and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 2001.

COMITÊ DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS CDESC). Substantive issues arising in the implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Draft general comment No. 9: The domestic application of the Covenant, 1998.

CONSEJO NACIONAL DE EVALUACIÓN DE LA POLÍTICA DE DESARROLLO SOCIAL. Metodología para la medición multidimensional de la pobreza en México, México DF. CONEVAL, 2009.

CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS. The Guiding Principles on extreme poverty and human rights. Resolution A/HRC/21/11, 2012.

COSTA, Fernanda. D. Pobreza e direitos humanos: da mera retórica às obrigações jurídicas - um estudo crítico sobre diferentes modelos conceituais. *Sur. Revista Internacional De Direitos Humanos*, 5(9), 88-119, 2008. <https://doi.org/10.1590/S1806-64452008000200006>

DEAN, Hartley. Critiquing capabilities: the distractions of a beguiling concept. *Critical social policy*, 29 (2). pp. 261-273, 2009.

DEMO, Pedro. *Metodologia científica em ciências sociais*. São Paulo: Atlas, 2007.

DE SCHUTTER, Olivier. Far-right populism and the future of social protection. Report of the Special Rapporteur on extreme poverty and human rights, Olivier De Schutter. Resolução do Conselho de Direitos Humanos 53/10. ONU, 2025. Disponível em: <https://docs.un.org/A/80/138>. Acesso em 26/03/2026.

DESPOUY, Leandro. The realization of economic, social and cultural rights. Final report on human rights and extreme poverty. UN Commission of Human Rights 1996. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/236619?ln=en&v=pdf>. Acesso em 21/03/2026.

DRAIBE, Sonia. As políticas sociais e o neoliberalismo - Reflexões suscitadas pelas experiências latino-americanas, *Revista USP*. 17(1), 86-101, 1993.

EQUADOR. Constitución de la República del Ecuador, 2008. Disponível em: <https://www.asambleanacional.gob.ec/es/contenido/constitucion-de-la-republica-del-ecuador>. Acesso em 21/03/2026.

ESLAVA, Luis. The Developmental State: Dependency, Independency and the History of the South. In Dann, P. & Von Bernstorff, J. (ed.). *The Battle for International Law: South-North Perspectives on the Decolonization Era*. Oxford University Press, 2019.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2018.

FILMER, Deon, FU, Haishan & LÓPEZ-CALVA, Luis F. Further strengthening how we measure global poverty. *World Bank Blogs*, 2025. Disponível em: <https://blogs.worldbank.org/en/voices/further-strengthening-how-we-measure-global-poverty>. Acesso em 26/03/2026.

FREIRE, Paulo. *Educação e Mudança*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

GORDON, David & NANDY, Shailen. Measuring child poverty and deprivation. In Minujin, A.; Nandy, S. (ed.). *Global child poverty and well-being. Measurement, concepts, policy and action*. Bristol: The Policy Press University of Bristol, 2012.

GORDON, David; NANDY, Shailen & CABRAL, Guilherme P. The legal poverty lines in Brazil: contributions from a human rights-based approach to poverty, *Journal of Poverty and Social Justice*, Bristol (published online ahead of print), 1-22, 2025

HASELL, J.; ROHENKOHL, B. & ARRIAGADA, P. \$3 a day: A new poverty line has shifted the World Bank's data on extreme poverty. What changed, and why?, Disponível em: <https://ourworldindata.org/new-international-poverty-line-3-dollars-per-day>. Acesso em 21/03/2026.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). Agenda 2030. Objetivos de desenvolvimento sustentável: avaliação do progresso das principais metas globais para o Brasil: ODS 1: acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares. Brasília, 2024.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

KNOX, Robert. Strategy and Tactics. The Finnish Yearbook of International Law, v. 21, p. 193-229, 2012.

KNOX, Robert. Marxist Theories of International Law. In The Oxford Handbook of the Theory of International Law. Oxford: Oxford University Press, 2016.

KOSKENNIEMI, Martti. The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics. The Modern Law Review, 70, 1-30, 2007.

KOSKENNIEMI, Martti. The Politics of International Law. Oxford: Hart Publishing, 2011.

LEICHTWEIS, Matheus Gobbato. Além da linha, contra a gestão da miséria: uma crítica ao fetichismo dos dados e aos limites do ODS 1 diante da vulnerabilidade climática urbana. In: Anais do XIV Encontro de Pesquisa Empírica em Direito. Rio de Janeiro: UNIRIO, 2025. Disponível em: <https://www.even3.com.br/anais/xiv-eped-rj/>. Acesso em 21/03/2026.

LÊNIN, V. I. O imperialismo: etapa superior do capitalismo. Campinas: UNICAMP, 2011.

LIZIN, A. M. Human rights and extreme poverty. Report submitted by Ms. A.-M. Lizin, independent expert, pursuant to Commission resolution 1999/26, E/CN.4/2000/52, 2000. Disponível em: <https://docs.un.org/E/CN.4/2000/52>. Acesso em 21/03/2026.

MACK, Joanna. & LANSLEY, Stewart. Poor Britain. London: George Allen & Unwin, 1985.

MARX, Karl. O Capital. Livro 01. O processo de produção do capital. Trad. Rubens Enderle. São Paulo, Boitempo, 2023.

MERRY, Sally Engle. Measuring the World: Indicators, Human Rights, and Global Governance. Current Anthropology, 52 (S3), 2011, pp. S83-S95

MÉSZÁROS, István. A educação para além do capital. São Paulo: Boitempo, 2008.

MÉXICO. Ley general de desarrollo social, 2004. Disponível em: <https://www.coneval.org.mx/EvaluacionDS/Normatividad/Paginas/LGDS.aspx>. Acesso em 21/03/2026.

MONTALDI, Paola; CABRAL, Guilherme Perez & TOLEDO, Gustavo Freddi A participação feminina no sistema político-eleitoral e a política de cotas no Brasil. Revista Brasileira De Estudos Políticos, 127(2), 2023.

MUTUA, Makau. What is TWAIL? American Society of International Law Proceedings, 94, p. 31-38, 2000.

NÁJERA CATALÁN, Héctor. E. & GORDON, David. The Importance of Reliability and Construct Validity in Multidimensional Poverty Measurement: An Illustration Using the Multidimensional Poverty Index for Latin America. The Journal of Development Studies, 56:9, 1763-1783, 2020.

NANDY, Shailen. & POMATI, Marco. Applying the Consensual Method of Estimating Poverty in a Low-Income African Setting. Social Indicators Research, 124 (3), 2015.

NKRUMAH, Kwame. Neo-Colonialism, the Last Stage of imperialism. London: Thomas Nelson & Sons, 1965.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). General Agreement on Tariffs and Trade (GATT 1947). Disponível em https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_e.htm#art18. Acesso em 21/03/2026.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração Universal dos Direitos Humanos. Resolução da Assembleia Geral nº 217 A, 1948.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples. Resolution 1514 (XV), 1961. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/206145?v=pdf>. Acesso em 21/03/2026.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). The United Nations Development Decade. Proposals for action: report of the Secretary-General, 1962. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/757935?ln=en&v=pdf>. Acesso em 21/03/2026.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Nova York: ONU, 1966.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States

in accordance with the Charter of the United Nations. Resolution 2625 (XXV), 1971. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/202170?v=pdf>. Acesso em 21/03/2026.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaration on the Establishment of a New International Economic Order. Resolution 3201 (S-VI), 1974. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/218450?v=pdf>. Acesso em 21/03/2026.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaration on the Right to Development. Resolution 41/128, 1986. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/declaration-right-development>. Acesso em 21/03/2026.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Conselho Econômico e Social. Extreme poverty. Resolution 1988/47 Nova York, 1988.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Convenção sobre os Direitos da Criança. Resolution 1988/47, 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em 21/03/2026.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Observance of an international day for the eradication of poverty. Resolution 47/196, 1993a. Disponível em: <https://docs.un.org/a/res/47/196>. Acesso em 21/03/2026.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração e Programa de Ação de Viena. Viena, 1993b. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/183139?ln=en&v=pdf>. Acesso em 21/03/2026.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). International Year for the Eradication of Poverty. Resolution 48/183, 1994. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/180012?ln=en&v=pdf>. Acesso em 21/03/2026.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Observance of the International Year for the Eradication of Poverty and proclamation of the first United Nations Decade for the Eradication of Poverty. Resolution 50/107, 1996a. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/203332?ln=en&v=pdf>. Acesso em 21/03/2026.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração e Programa de Ação de Copenhague, 1996b. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/198966?ln=en&v=pdf>. Acesso em 21/03/2026.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Second United Nations Decade for the Eradication of Poverty (2008–2017). Resolution 62/205, 2008. <https://docs.un.org/en/A/RES/62/205>. Acesso em 21/03/2026.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Human rights and extreme poverty. Resolution A/RES/67/164, 2013. Disponível em: <https://docs.un.org/en/A/RES/67/164>. Acesso em 21/03/2026.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). The Millennium Development Goals Report. New York, 2015a.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development. A/RES/70/1, 2015b.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Implementation of the Second United Nations Decade for the Eradication of Poverty 2008–2017. Resolution 72/233, 2018. <https://digitallibrary.un.org/record/1467043?v=pdf> Acesso em 21/03/2026.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Global issues, Ending Poverty, 2025. Disponível em: <https://www.un.org/en/global-issues/ending-poverty>. Acesso em 21/03/2026.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social, and Cultural Rights, “Protocol of San Salvador”, San Salvador, 1988. Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-52.html>. Acesso em 21/03/2026.

PAZELLO, Ricardo P. Direito Insurgente: Fundamentações Marxistas desde a América Latina. Direito e Práxis, Rio de Janeiro, 9 (3), 1555-1597, 2018.

PEMBERTON, S.; GORDON, D. & NANDY, S. Child rights, child survival and child poverty: the debate. In Minujin, A. & Nandy S. Global child poverty and well-being. Measurement, concepts, policy, and action. Bristol: Policy Press, 2012.

PLOSZKA, Adam. All Beginnings Are Difficult: The Guiding Principles on Extreme Poverty and Human Rights a Decade After Their Adoption, Human Rights Law Review, 23 (2), 2023.

POGGE, Thomas. Poverty, Human Rights and the Global Order: Framing the Post-2015 Agenda, 2012. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2046985>. Acesso em 21/03/2026.

POMATI, Marco & NANDY, Shailen. Measuring Multidimensional Poverty According to National Definitions: Operationalising Target 1.2 of the Sustainable Development Goals. Social Indicators Research, 148, 105–126, 2020.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). Human development report 1990. PNUD/Oxford University Press, 1990.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). Human Development Report 2000: Human Rights and Human Development. PNUD, 2000.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder y Clasificación Social. In Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder. Buenos Aires: CLACSO, 2014

RAMOS, Marcelo Maciel. Poderá o Direito ser inclusivo? O sujeito de Direito e a produção jurídica de sujeitos marginais. Revista da Faculdade de Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 78, pp. 179-208, 2021. DOI: 10.12818/P.0304-2340.2021v78p179.

ROSER, Max. The end of progress against extreme poverty? OurWorldinData.org, 2025. Disponível em: <https://archive.ourworldindata.org/20260325-171315/end-progress-extreme-poverty.html>. Acesso em 26/03/2026.

SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Trad. Laura T, Motta. São Paulo: Cia de Bolso, 2010.

SKOGLY Sigrun. Is there a right not to be poor? Human Rights Law Review, 2(1), 59–80, 2002.

TOWNSEND, Peter. Poverty in the United Kingdom: A Survey of Household Resources and Standards of Living. Harmondsworth: Penguin Books, 1979.

TOWNSEND, Peter. The international analysis of poverty. London: Harvester Wheatsheaf, 1993.

UNICEF, GOVERNMENT OF UGANDA, CARDIFF UNIVERSITY, UGANDAN BUREAU OF STATISTICS, BRISTOL POVERTY INSTITUTE. Multidimensional Child Poverty and Deprivation in Uganda Report: The Extent and Nature of Multidimensional Child Poverty and Deprivation, 2019.

WASILEWSKI, Dione J.; GABARDO, Emerson. A insuficiência de tributação como fundamento para o afastamento da reserva do possível na garantia do mínimo existencial e da dignidade humana. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 11, n. 1. p.710-731, 2021.

Recebido em: 29/03/2026

Aprovado em: 03/07/2026

LE STATUT DU MINISTÈRE PUBLIC AU MAROC : PERSPECTIVE ET PROSPECTIVE

STATUS OF THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE IN MOROCCO: PERSPECTIVE AND PROSPECTS

HATIM ANOUAR¹

RÉSUMÉ

La procédure pénale marocaine consacre expressément le principe de l'irrécusabilité des magistrats du ministère public, à cause de leur nature particulière en tant que partie accusatrice qui exerce l'action publique à l'encontre de l'accusé, et ne décide pas du bien-fondé de l'accusation. Pour cela, on ne peut attendre de la partie poursuivante qu'elle soit impartiale. En plus, le magistrat du parquet n'est pas une partie comme les autres, il veille sur l'application de la loi, défend l'intérêt général. À travers cet article, l'auteur tente de réfuter cette disposition en se basant, d'un côté, sur le fondement statutaire des magistrats du parquet en tant que composant du corps judiciaire, caractérisé par l'indépendance constitutionnelle, et de l'autre côté, sur la base du cumul des attributions d'une partie au procès avec des fonctions judiciaires imposant la soumission au principe d'impartialité, que celui applicable aux magistrats du siège.

MOTS CLES : impartialité. Indépendance. Récusation. ministère public. autorité judiciaire.

ABSTRACT

Moroccan criminal procedure expressly enshrines the principle of the irrecusability of public prosecutors because of their special nature as accusing parties who bring the prosecution against the accused and do not decide based on the charge. For this reason, the prosecution cannot be expected to be impartial. Moreover, the prosecuting magistrate is not a party like the others; he oversees the application of the law and defends the general interest. In this article, the author attempts to refute this provision by basing himself, on the one hand, on the statutory basis of prosecuting magistrates as a component of the judiciary, characterised by constitutional independence, and on the other hand, based on the combination of the powers of a party to the proceedings with judicial functions that require them to be subject to the principle of impartiality applicable to judges.

KEYWORDS: impartiality. Independence. Recusability. public prosecutors. judicial authority.

INTRODUCTION

L'impartialité est la pierre angulaire du droit à un procès équitable. Elle est au cœur des fonctions juridictionnelles,² fonde la légitimité et la crédibilité du juge en tant qu'un tiers impartial,³ désintéressé, et, par conséquent, intensifie la confiance des parties dans les décisions rendues. Établie dans plusieurs instruments internationaux de protection des droits de l'homme⁴ et ressort égale-

1 Docteur en droit, Faculté des Sciences Juridiques, Économiques, et Sociales, université Sidi Mohamed Ben Abdellah, Maroc. E-mail : anouar.hatim@usmba.ac.ma. ORCID : <https://orcid.org/0000-0001-9025-2903>.

2 Corinne Renault-Brahinsky, *Procédure pénale* (19^{ème} éd., LGDJ, 2019) 34.

3 Mathieu Bertrand, 'Tiers impartial, l'engagement politique est-il compatible avec la fonction de magistrat?' (20015) *La Semaine Juridique Edition Générale* 1005 ; Ahmad Fathi Sorour, *Traité de procédure pénale* (Dar Nahda Arabia, 2016) 200. (En arabe)

4 Art. 11 de la Déclaration universelle des droits de l'homme ; art. 14 du Pacte international

ment des constitutions⁵ et droits internes,⁶ l'impartialité est une qualité qui se fusionne avec l'idée de la justice,⁷ en gardant un lien étroit avec le principe de l'égalité des armes.⁸

À cet égard, l'impartialité peut se définir comme le fait d'être impartial, juste, de ne manifester aucun préjugé ou parti pris, de remplir sa fonction en « excluant toute considération étrangère à la cause ».⁹ C'est une qualité humaine, « un état d'esprit dans lequel le sujet est en équilibre parfait entre les parties ».¹⁰

De même, la garantie d'impartialité est toujours accolée avec l'indépendance,¹¹ mais les deux exigences sont conceptuellement distinctes.¹² L'indépendance conditionne l'impartialité, on ne peut pas être impartial si on n'est pas indépendant, mais un juge indépendant peut être partial dans une cause particulière.¹³

Par ailleurs, l'impartialité est consubstantielle à la justice, particulièrement à la justice pénale qui se base sur la présomption d'innocence qui peut être impactée par la partialité, surtout personnelle, du magistrat.¹⁴ De ce fait, si les attributions pénales du juge du siège restent relativement homogènes et plus adaptées aux exigences d'indépendance et d'impartialité, celles du magistrat debout sont plus diversifiées, chevauchées et parfois opposées, surtout en ce qui concerne les fonctions de poursuite et de contrôle de la légitimité de la détention.

relatif aux droits civils et politiques ; art. 7 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ; art. 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

5 Conformément à l'art. 109 de la constitution marocaine : « tout manquement de la part du juge à ses devoirs d'indépendance et d'impartialité, constitue une faute professionnelle grave, sans préjudice des poursuites judiciaires éventuelles. La loi sanctionne toute personne qui tente d'influencer le juge de manière illicite ». De même, selon l'art 110 : « les décisions de justice sont rendues sur le seul fondement de l'application impartiale de la loi ».

6 L'art. 40 de la loi organique n°106-13 portant statut des magistrats.

7 Voir n (2) 200.

8 Patrick Dallat, *Droit Européen et droit de l'union Européenne* (Sirey, 2010) 466.

9 Damien Roets, *impartialité et justice pénale* (Cujas, 1997) 18.

10 Stefan Trechsel, *Human rights in criminal proceedings* (Oxford University Press, 2005) 61; Guy Canivet et Julie Joly-Hurard, *la déontologie du magistrat* (3^e éd., Dalloz, 2009) 100.

11 L'indépendance est toujours placée avant l'impartialité ce qui signifie de la nécessité de la première pour espérer satisfaire le second.

12 « Si l'on peut être indépendant de tout pouvoir et partial envers les parties, avoir des préjugés sur une affaire, il semble difficile d'être impartial si l'on dépend d'un pouvoir ou d'autrui ». Voir : Guinchard Serge et autres, *Procédure Civile - Droit interne et européen du procès civil* (Dalloz, 2022) 767.

13 Guinchard Serge et autres, *Institutions juridictionnelles* (Dalloz, 2015) 233.

14 Audrey Ouddoul, *L'impartialité des magistrats dans la procédure pénale française à la une du droit de la Convention Européenne des droits de l'homme* (Thèse de doctorat, université d'Auvergne, 2016) 11.

Cet article vise à étudier les préoccupations soulevées par l'appartenance du ministre public marocain au pouvoir judiciaire et le cumul des attributions d'une partie poursuivante avec l'exercice des fonctions judiciaires; et plaide pour l'établissement d'un droit de récusation de ce dernier au profit de l'accusé.

À cet effet, la première partie de cet article sera consacrée à la mise en exergue du statut du ministère public au Maroc. Constitutionnellement, les magistrats appartenant à ce dernier constituent une partie intégrante du pouvoir judiciaire indépendant, même s'ils sont soumis à une organisation particulière. Leurs missions se caractérisent par un mélange entre celles de la partie accusatrice et des fonctions judiciaires d'un magistrat tenu par le principe d'impartialité.

Alors que le principe en procédure pénale marocaine reste l'irrécusabilité du ministère public, la deuxième partie essaie d'élucider les bases sur lesquelles se fonde cette orientation législative, et leur adaptation avec le statut des magistrats debout en tant que pouvoir judiciaire indépendant ; ainsi que les fonctions judiciaires qui lui sont attribuées exigeant la condition de l'impartialité dans leur application.

I STATUT DU MINISTÈRE PUBLIC

L'exposé du statut du ministère public au Maroc reste très important pour comprendre les demandes de soumission des magistrats debout à la garantie de récusation. Pour cela, on va explorer dans une première section leurs statuts constitutionnels (1), avant de mettre en évidence, dans une deuxième partie, leurs statuts juridiques (2).

1. STATUT CONSTITUTIONNEL

A. UNE AUTORITÉ JUDICIAIRE INDÉPENDANTE

La constitution marocaine de 2011 a consacré l'indépendance du pouvoir judiciaire. Conformément à l'[art. 107](#), « le pouvoir judiciaire est indépendant du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif. Le Roi est le garant de l'indépendance du pouvoir judiciaire ». Autrement dit, le pouvoir judiciaire est une autorité constitutionnelle indépendante par rapport aux pouvoirs législatif et exécutif.

À cet égard, le Conseil supérieur du pouvoir judiciaire¹⁵ est garant de la

15 Conformément à l'[art. 115](#) de la constitution, le Conseil supérieur du pouvoir judiciaire se compose de : «

- du Premier-président de la Cour de cassation en qualité de président-délégué ;
- du Procureur général du Roi près la Cour de cassation ;
- du Président de la première chambre de la Cour de cassation ;
- de 4 représentants élus, parmi eux, par les magistrats des Cours d'appel ;
- de 6 représentants élus, parmi eux, par les magistrats des juridictions du premier degré, une représentation des femmes magistrats doit être assurée, parmi les dix membres élus, dans la proportion de leur présence dans le corps de la magistrature ;
- du Médiateur ;
- du Président du Conseil national des droits de l'homme ;

protection de l'indépendance des magistrats.¹⁶ Il veille au respect des garanties accordées aux magistrats, à la gestion de leur situation professionnelle, et à la protection de leur indépendance.¹⁷

Selon le Conseil constitutionnel marocain, « attendu que l'indépendance vis-à-vis des pouvoirs législatif et exécutif constitue une condition fondamentale pour l'appartenance au pouvoir judiciaire, il n'y a pas lieu donc de confier la gestion des fonctions judiciaires à une partie n'appartenant pas à ce pouvoir, et encore moins la présidence d'une instance essentielle, en l'occurrence le ministère public ».¹⁸

D'un autre côté, l'institution judiciaire marocaine se base sur le principe de l'unité du corps judiciaire.¹⁹ Le pouvoir judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet. Les magistrats du ministère public forment le deuxième volet de ce corps.

Selon le Conseil constitutionnel marocain, « la Constitution a octroyé le statut de «magistrat» aux magistrats du siège et du parquet, d'où leur appartenance commune au pouvoir judiciaire – à savoir un pouvoir unifié – étant ainsi protégés par le principe d'indépendance lié à ce pouvoir ».²⁰

B. UNE AUTORITÉ INDÉPENDANTE

Faisant partie du pouvoir judiciaire, les membres du parquet jouissent de l'indépendance judiciaire. Ainsi, ils bénéficient des mêmes garanties conférées aux juges du siège.²¹ Ils ont prêté le même serment que les juges de jugement, et ils partagent avec eux la même qualité judiciaire et la même nature juridique, ce qui est longtemps resté exclusif aux magistrats assis.

-
- de 5 personnalités nommées par le Roi, reconnues pour leur compétence, leur impartialité et leur probité, ainsi que pour leur apport distingué en faveur de l'indépendance de la justice et de la primauté du droit, dont un membre est proposé par le Secrétaire général du Conseil supérieur des oulémas ».

16 L'art. 103 de la loi organique 100-13 relative au Conseil supérieur du pouvoir judiciaire dispose que : « le conseil veille à assurer le respect et l'attachement aux valeurs judiciaires et à promouvoir la culture de l'intégrité et de moralisation, de manière à renforcer l'indépendance de la justice. Il prend, à cet effet, toutes mesures qu'il juge appropriées ».

17 Selon l'art. 113 de la constitution, « Le Conseil supérieur du pouvoir judiciaire veille à l'application des garanties accordées aux magistrats, notamment quant à leur indépendance, leur nomination, leur avancement, leur mise à la retraite et leur discipline ».

18 Conseil constitutionnel marocain, décision n° 992-16, 15 mars 2016, bulletin officiel n° 6452 du 31 mars 2016.

19 L'art. 3 de la loi organique n°106-13 portant statut des magistrats.

20 Conseil constitutionnel marocain, décision n° 992-16, 15 mars 2016, bulletin officiel n° 6452 du 31 mars 2016.

21 Sauf la garantie d'inamovibilité et l'indépendance intérieure à l'égard de leur autorité hiérarchique. Voir (n.12) 904.

Pour le Conseil constitutionnel marocain, la nouvelle constitution de 2011²² « n'a fait la différence entre les magistrats du siège et les magistrats du parquet que dans certains aspects inhérents à la nature de leur travail », ²³ qui consiste en la défense des intérêts généraux de la société dans le respect des libertés individuelles.

Comme il a été établi précédemment, les magistrats du parquet forment avec les magistrats du siège le même corps judiciaire.²⁴ Cette volonté d'unité tient à la nature des fonctions des magistrats debout, qui se base sur la défense des intérêts de la société dans le respect des libertés individuelles.

Mais, si les deux volets de magistrats sont soumis à un pouvoir judiciaire indépendant et unifié, l'indépendance des magistrats du parquet diffère de celle établie pour le reste des magistrats.

C. UNE AUTORITÉ HIÉRARCHIQUE

À la différence des magistrats du siège, ceux du parquet sont soumis à un statut particulier. Ainsi, la constitution prévoit l'instauration d'une autorité hiérarchique à laquelle les magistrats du parquet sont soumis,²⁵ qui doivent se conformer à ses instructions.²⁶ Le deuxième alinéa de l'art. 110 de la Constitution dispose que « les magistrats du parquet sont tenus à l'application de la loi et doivent se conformer aux instructions écrites, conformes à la loi, émanant de l'autorité hiérarchique dont ils relèvent ». Pour favoriser l'égalité, la cohérence et l'efficacité de la mise en œuvre de la politique pénale, les membres du ministère public sont soumis à une organisation hiérarchique particulière.

22 La Constitution du royaume du Maroc, promulguée par le Dahir n° 1-11-91 du 27 chaabane 1432, 29 juillet 2011.

23 Conseil constitutionnel marocain, décision n° 992-16, 15 mars 2016, bulletin officiel n° 6452 du 31 mars 2016.

24 Selon l'art. 3 de la loi organique n°106-13 portant statut des magistrats : « le corps de la magistrature du royaume, soumis au présent statut, est constitué d'un corps unique comprenant les magistrats du siège et les magistrats du parquet... ».

25 L'art. 66 de la loi organique 100-13 relative au Conseil supérieur du pouvoir judiciaire a déterminé l'autorité hiérarchique à laquelle les magistrats du ministère public sont soumis, et l'a confiée au procureur général du Roi près la Cour de cassation en sa qualité de président du ministère public, en stipulant que : « (...) en application des dispositions du dernier alinéa de l'art. 116 de la Constitution, le Conseil prend en considération, concernant les magistrats du parquet, les rapports d'évaluation présentés par le Procureur général du Roi près la Cour de cassation en sa qualité de chef du ministère public ».

26 Selon le Conseil constitutionnel marocain, « étant donné que le principe de subordination des magistrats du parquet, prévu dans le deuxième alinéa de l'art. 110 de la constitution, leur imposant de se conformer aux instructions écrites, conformes à la loi, émanant de l'autorité hiérarchique, est considérée comme étant une dépendance interne mise en place selon la hiérarchie des magistrats du parquet et les degrés de leurs responsabilités, et ne peut - sans préjudice du principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire vis-à-vis des pouvoirs législatif et exécutif - constituer une dépendance à l'égard d'une instance en dehors du pouvoir judiciaire ». Voir Conseil constitutionnel marocain, décision n° 992-16, 15 mars 2016, bulletin officiel n° 6452 du 31 mars 2016.

Ils forment, dans l'exercice de leurs attributions, une organisation pyramidale, un corps judiciaire hiérarchisé, indépendant, indivisible, irresponsable et irrécusable. Autrement dit, en restant tenus par l'application de la loi, les membres du ministère public sont indépendants dans leurs décisions, tandis qu'ils doivent suivre les instructions écrites et conformes à la loi, émanant de leurs supérieurs hiérarchiques.²⁷

À côté de leurs statuts indépendants, les magistrats du parquet jouissent d'un large périmètre des prérogatives procédurales, qui reste caractérisé par la complexité et le chevauchement.

2. STATUT JURIDIQUE

A. UNE PARTIE PRINCIPALE DANS LES PROCÈS

Le ministère public marocain est un « acteur clé de la justice pénale ».²⁸ En plus des attributions en matière civile, les magistrats debout exercent plusieurs attributions pénales. En effet, ils défendent l'intérêt général devant les juridictions pénales et veillent à la préservation de l'ordre public et la protection de la société contre la criminalité.²⁹

Pour cette raison, le parquet est une partie principale dans les procès pénaux, une autorité de poursuite, il dirige et coordonne l'enquête préliminaire effectuée par la police judiciaire.³⁰ Une fois l'enquête achevée, il veille au déclenchement et à l'exercice de l'action publique conformément au principe de l'opportunité des poursuites,³¹ comme il peut requérir l'ouverture d'une information.³²

De surcroît, le magistrat debout est une partie intégrante de toute juridiction répressive. Il assiste aux débats des juridictions de jugement et toutes les décisions doivent être prononcées en sa présence.³³ Après le jugement, le ministère

27 Le deuxième alinéa de l'art. 110 de la constitution stipule que « les magistrats du parquet sont tenus à l'application de la loi et doivent se conformer aux instructions écrites, conformes à la loi, émanant de l'autorité hiérarchique dont ils relèvent ». De même, l'art. 25 et 43 de la loi organique n°106-13 portant statut des magistrats dispose que, « les magistrats du parquet sont placés sous l'autorité et le contrôle du Procureur général du Roi près la Cour de cassation et de leurs supérieurs hiérarchiques ».

28 Denis Salas et Phillip Milburn, 'Les procureurs de la république : de la compétence personnelle à l'identité collective' (2007) Archives de politique criminelle 95.

29 Art. 39 et 49 du code de procédure pénale Marocaine.

30 Art. 40 et 49 du code de procédure pénale Marocaine.

31 Le ministère public ne peut renoncer sur l'action publique, dès lors qu'il l'a mise en mouvement : une fois déclenchée, elle doit être jugée. Voir François Molins, *ministère public, répertoire de droit pénal et de procédure pénale* (Dalloz, 2014) 03.

32 Art. 36, 39, 40 et 49 du code de procédure pénale Marocaine.

33 Art. 37 du code de procédure pénale Marocaine.

public veille à l'exécution des décisions judiciaires et à l'exercice, le cas échéant, des voies de recours et du pourvoi en cassation.³⁴

B. UN JUGE DES LIBERTÉS ET DE LA DÉTENTION

D'un autre côté, le parquet exerce les fonctions du juge des libertés et de la détention. Ainsi, il ordonne la mise en détention en application de la procédure de flagrance,³⁵ contrôle la légitimité de la décision de la mise en garde à vue, et ordonne son renouvellement et la mise en liberté.³⁶ Lorsqu'il s'agit d'un délit flagrant, le procureur du ministère public procède à l'interrogatoire du prévenu et peut décerner mandat de dépôt s'il s'agit d'un délit puni d'une peine d'emprisonnement.³⁷

Par ailleurs, le représentant du ministère public peut, chaque fois qu'il s'agit des faits constituant un crime et si les nécessités de l'enquête l'exigent, différer exceptionnellement l'entretien de l'avocat avec son client sur demande de l'officier de police judiciaire pour une durée n'excédant pas douze heures à compter de l'expiration de la moitié de la durée principale de la garde à vue.³⁸

C. UN JUGE DES EXCEPTIONS

En plus, le magistrat debout exerce des fonctions qu'appartiennent à un juge indépendant et impartial. Pour les nécessités de l'application de la procédure de l'extradition, il a le droit de décerner mandats internationaux de recherche et d'arrêt. Il peut, lorsqu'il s'agit d'atteinte à la possession après l'exécution d'un jugement, ordonner toutes les mesures conservatoires qu'il estime opportune pour la protection de la possession et la remise en l'état initial.³⁹ Le magistrat du parquet peut aussi, s'il n'y a pas de contestation sérieuse, ordonner la restitution des objets saisis au cours de l'enquête à l'ayant droit.⁴⁰ En outre, lorsqu'il s'agit d'un délit puni d'une peine égale ou supérieure à deux ans d'emprisonnement et si la nécessité de l'enquête l'exige, le procureur du ministère public peut retirer le passeport du prévenu et fermer les frontières à son égard.⁴¹

34 Art. 40 et 49 du code de procédure pénale Marocaine.

35 Art. 47, 73 et 74 du code de procédure pénale Marocaine.

36 Art. 66 du code de procédure pénale Marocaine.

37 Art. 47 du code de procédure pénale Marocaine.

38 Art. 66 du code de procédure pénale Marocaine.

39 Dans ce cas, il est tenu de saisir le tribunal ou la juridiction d'instruction déjà saisi dans trois jours au plus tard pour confirmation, réformation ou infirmation. Voir art. 40 du code de procédure pénale Marocaine.

40 Sauf dans le cas où ses objets sont nécessaires l'exercice de l'action, dangereux ou susceptible de confiscation. Voir art. 40 du code de procédure pénale Marocaine.

41 Selon l'art. 40 du code de procédure pénale Marocaine, les frontières restent fermées pour une durée ne dépassant pas un mois. Ce délai peut être prolongé jusqu'à la clôture de l'enquête préliminaire, si l'intéressé est la cause du retard.

D. UN QUASI-JUGE

À côté de ces missions, le magistrat du parquet se transforme en un « quasi-juge », ⁴² il peut prendre des décisions relatives à la réponse pénale en recourant à l'une des procédures alternatives aux poursuites pour éviter le classement sans suite.

Bref, le ministère public combine les attributions d'une partie au procès pénal avec celles d'un magistrat habilité par la loi à exercer les fonctions judiciaires et qui est tenu par la garantie d'impartialité, en restant exempt de récusation.

II VERS UN NOUVEL DROIT DE RÉCUSATION

L'établissement d'un nouveau droit de récusation du ministère public exige de mettre en exergue les justifications de l'irrécusabilité (1), avant d'essayer de les réfuter en prouvant que le statut et les fonctions des magistrats appartenant à ce corps exigent leurs récusations en cas d'existence d'un motif légitime (2).

1. FONDEMENT D'IRRÉCUSABILITÉ

A. UNE PARTIE ACCUSATRICE NE DÉCIDANT PAS DU BIEN-FONDÉ D'UNE ACCUSATION

La récusation est une garantie d'impartialité. C'est « une procédure par laquelle une partie demande qu'un ou plusieurs juges soient écartés et remplacés par d'autres, parce qu'ils sont suspects de partialité envers l'un des plaideurs ». ⁴³

En effet, l'ancien droit français exclut les membres du ministère public du champ de la récusation à cause de leurs natures particulières en tant qu'institution juridique sacrée, au même titre que l'État et le Roi.

L'enlèvement de cette sainteté et la qualité d'autorité judiciaire attribuée au magistrat du parquet ne l'a pas empêché de conserver le privilège d'irrécusabilité. ⁴⁴ Pour Pascal Lemoine, « en se fondant sur l'irrécusabilité du ministère public lorsqu'il est partie principale, la jurisprudence française a décidé qu'en matière pénale, ce dernier est toujours partie principale, pour cela il ne peut être récusé ». ⁴⁵

42 J.-Ch Saint-Pau, 'le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ?' (2007) Droit pénal 14.

43 Voir n (11) 771.

44 Roger Merle et André Vitu, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général* (7^e éd., Cujas 1973) 974.

45 Pascal Lemoine, *ministère public : organisation, attributions du garde des sceaux*, J.-Cl. *Procédure pénale*, (2005, fasc. n°20, Art. 30 à 44, n°2).

Cependant, l'impartialité est une qualité inhérente au statut même de juge de jugement.⁴⁶ Le ministère public est exclu de cette exigence, il est toujours représenté comme une partie accusatrice au procès, qui ne décide pas du bien-fondé d'une accusation. Il n'est pas un juge, même si la loi lui confie plusieurs attributions judiciaires.⁴⁷ Son rôle se limite à demander des réquisitions et c'est le tribunal qui statue sur les affaires en rendant des jugements.⁴⁸

Pour la chambre criminelle de la cour de cassation française, « aux motifs que le ministère public ne décidant pas du bien-fondé de l'accusation en matière pénale,⁴⁹ il ne saurait être reproché à un magistrat du parquet son impartialité à l'occasion de l'exercice des poursuites ».⁵⁰

La même chambre, pour écarter la garantie d'impartialité, a considéré que « le représentant du ministère public dont le rôle est de soutenir l'accusation ne prend aucune part au jugement de l'accusé ; qu'il s'ensuit que ce magistrat n'entre pas dans les prévisions de l'art. 6⁵¹ de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », ⁵² qui « ne vise que les juges et non pas le représentant de l'accusation ou celui de la défense », ⁵³ même si le représentant de l'accusation est tenu à un devoir de loyauté qui consiste dans la non-déformation de la réalité du dossier devant la juridiction pénale.⁵⁴

Les dispositions établies par le législateur français, concernant l'irrécusabilité du ministère public,⁵⁵ ont été héritées par le législateur marocain lors de l'adoption du nouveau code de procédure pénale. Ainsi, l'art. 274 du dernier code annonce expressément l'irrécusabilité des magistrats du parquet.⁵⁶ En matière civile, le législateur marocain a permis la possibilité de récuser le magistrat

46 Henri Motulsky, le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile, In *Mélanges Roubier* (Dalloz 1961) 175.

47 Cette justification est établie par la cour de cassation égyptienne pour écarter la requête de récusation contre le magistrat du ministère public. Voir Cassation du 2 février 2005, pourvoi n° 60195, année judiciaire n° 73. (En arabe)

48 Ahmed Khamlichi, *Traité de procédure pénale* (imprimerie Al Maarif, 1980) 48. (En arabe)

49 Voir n (02) 276.

50 Crim. 9 mars 2016, n° 14-86.795.

51 Aux termes de cet article : « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement, par un tribunal indépendant et impartial ».

52 Crim. 10 décembre 1986, n° 86-91.567, Bull. Crim. n° 370; Crim. 21 mai 2003, n° 02-87.150, Bull. Crim. n° 103.

53 Crim. 6 mai 1996, n° de pourvoi : 95-81.766, Bull. crim. n°.187.

54 Crim. 6 janvier 1998, n° de pourvoi : 97-81.466. La même chambre française a rejeté tout soupçon de partialité de la juridiction lorsqu'un avocat général est le parrain du prévenu contre lequel il soutient l'action publique. Voir Crim, 6 janvier 1998, n° de pourvoi : 97-81.466.

55 Art. 668 du code de procédure pénale français.

56 La même disposition est établie par le deuxième paragraphe de l'art. 248 du code de procédure pénale égyptien et l'art. 669 du code de procédure pénale français.

du ministère public pour les mêmes motifs que les juges du siège, en cas où il est partie jointe, mais il n'est pas récusable lorsqu'il est partie principale.⁵⁷

B. UN ADVERSAIRE DE L'ACCUSÉ

Dans le même contexte, la procédure de récusation suppose l'existence d'un intérêt personnel du juge ou son conjoint dans l'action, ou une amitié ou inimitié entre lui et l'une des parties au procès. Certes, ces motifs peuvent influencer le magistrat du ministère public et le rendent partial. Mais, tant que ce dernier est l'adversaire de l'accusé, il est tenu de recourir à tous les moyens, que la loi autorise, pour convaincre le tribunal de la validité de ses demandes et réfuter les moyens invoqués par la défense.

Pour cette raison, l'allégation de l'accusé qui porte sur le travail du ministère public contre son intérêt ne peut être acceptée, car l'adversaire ne peut récuser son adversaire.⁵⁸ Cette règle reste absolue et s'applique à tous les cas, même lorsqu'il existe une partie civile en cause.⁵⁹ Pour Frédéric Desportes et Laurence Lazerges-Cousquer : « Jusqu'à un certain point, la partialité du magistrat du parquet est naturelle. Par hypothèse, on ne peut attendre de la partie poursuivante qu'elle soit impartiale. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la récusation du magistrat du parquet n'est pas prévue par la loi ».⁶⁰

Restant dans le même cadre, le parquet est une partie principale et nécessaire au procès,⁶¹ qui exerce l'action publique à l'encontre de l'accusé, ce qui lui permet d'avoir trois caractéristiques essentielles : l'irrécusabilité, l'irresponsabilité et l'indivisibilité.⁶² Il exerce la fonction de poursuite, ce qui ne pourrait pas en faire un acteur impartial.⁶³ En plus, le magistrat du ministère public n'est pas une partie comme les autres, il veille sur l'application de la loi, défend l'intérêt général, siège à l'audience de jugement pour défendre ses réquisitions.

En somme, la notion d'impartialité a été tissée d'une manière à être appliquée au juge assis sans être étendue au magistrat debout. En plus, l'interdiction de récusation trouve son fondement majeur dans le statut de magistrat du par-

57 Art. 299 du code de procédure civile Marocain. Voir aussi l'art. 341 du code de procédure civile Français.

58 Mohammed Ayat, *Étude en procédure pénale marocaine* (imprimerie Al Maarif, 1990) 78 ; Voir n (12) 899.

59 Voir n (44).

60 Freder Desportes et Laurence Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, (3^{ème} éd, 2013) 209.

61 Bernard Bouloc, *Procédure pénale* (27^e éd., 2020) 167.

62 Voir n (57) 77.

63 André Guidicelli, 'Procédure pénale' (2017) *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 81.

quet comme partie principale au procès pénal et dans la permanence de l'État qu'incarne ce dernier.⁶⁴

2. APPRÉCIATION CRITIQUE

A. LE MINISTÈRE PUBLIC N'EST PAS UNE SIMPLE AUTORITÉ DE POURSUITE

L'impartialité est l'un des fondements de la notion d'État de droit, une garantie de l'équité du procès pénal⁶⁵ et un corolaire du principe de l'égalité devant la loi.⁶⁶ C'est une garantie pour une justice équitable et une condition pour tout système juridique.⁶⁷ Elle renforce le rôle du ministère public dans l'État de droit, et, par conséquent, intensifie l'efficacité du système judiciaire.

Classiquement, l'impartialité est appréciée à la fois de façon subjective ou objective. L'impartialité subjective ou personnelle vise la conviction personnelle⁶⁸ et exigé que « le juge aborde chaque affaire portée devant lui sans préjugés ».⁶⁹ Dans ce cas, le magistrat reste présumé impartial tant que le prévenu n'a pas apporté la preuve sur l'existence des éléments sérieux, un préjugé ou parti pris de sa part, de sorte qu'il en découle que la présomption d'impartialité personnelle de ce magistrat peut être dénoncée.⁷⁰

Par ailleurs, l'impartialité objective ou fonctionnelle implique d'apprécier si le magistrat offre suffisamment de garanties pour exclure tous éléments objectifs qui pourraient susciter des doutes légitimes de partialité.⁷¹ Ainsi, l'appréciation de l'impartialité objective se fonde essentiellement sur les liens hiérarchiques, l'organisation interne des juridictions, la manière dont les fonctions judiciaires ont été exercées au cours de la procédure ou autres liens des magistrats avec d'autres acteurs de la procédure.⁷² La partialité fonctionnelle ne peut être écartée que par l'établissement d'un droit de récusation.⁷³

64 Voir n (30) 31.

65 Abd-Latif Hatimi, 'Indépendance de magistrature et impartialité du tribunal et des juges : comment peut-on distinguer entre ces principes ?' (2009) revue Ouidadia Al Hassania des magistrats 129. (En arabe)

66 Tayeb Anjar, Le rôle du juge pénal dans la protection des droits de l'homme et le censure de la cour de cassation sur la légitimité de la peine, In *le rôle de la magistrature dans la protection des droits de l'homme* (2005) 91. (En arabe)

67 Marie-Anne Frison-Roche, 'L'impartialité du juge' (1999) Recueil Dalloz 53.

68 MICHEL FRANCHIMONT/ ANN JACOBS/ MASSET ADRIEN, Manuel de procédure pénale, Larcier, Bruxelles 2012, p. 1279 ss.

69 Voir n (30) 63.

70 Franklin Kutu, *L'impartialité du juge en procédure pénale, de la confiance décrétée à la confiance justifiée* (Larcier, 2005) 47.

71 Frédéric Sudre, Droit à un procès équitable (Fasc. 6526), In *Convention européenne des droits de l'homme, Droits garantis* (JurisClasseur Europe Traité, n° 80).

72 Voir n (30) 64.

73 Yves Mayaud, 'L'affaire AZF entre impartialité et légalité' (2015) AJ pénal 191.

Néanmoins, le législateur pénal marocain a permis la récusation des magistrats de sièges, sans offrir la même possibilité pour ceux du ministère public.⁷⁴ Le même législateur revient à l'[art. 275](#) du code de procédure pénale pour obliger tout juge – l'article a utilisé le terme « qualité judiciaire » sans préciser l'organe judiciaire intéressé - entre lui et l'accusé un motif de récusation a le déclaré au premier président de la Cour de cassation ou la Cour d'appel, le cas échéant.

En revanche, la logique juridique exige la récusation du magistrat du ministère public pour avoir partagé le même statut judiciaire avec les juges chargés de prononcer les peines.⁷⁵ Théoriquement, les membres du parquet marocain doivent bénéficier des mêmes garanties au même titre que les magistrats du siège. Ainsi, ils font constitutionnellement partie du pouvoir judiciaire. Leurs indépendances statutaires à l'égard du pouvoir exécutif constituent une garantie de leur impartialité, ce qui justifie les demandes de les soumettre à la procédure de récusation.

De surcroît, les magistrats du parquet sont soumis au principe de l'impartialité⁷⁶ dans l'exercice de leurs attributions.⁷⁷ Conformément à l'[art. 40](#) de la loi organique n°106-13 portant statut des magistrats, tout magistrat, que ce soit du parquet ou du siège, doit prêter lors de sa première affectation dans le corps de la magistrature et avant d'entrer en fonction, un serment en ces termes : « je jure devant Dieu le tout puissant d'exercer mes fonctions en toute impartialité (...) et de m'engager à l'application impartiale de la loi ».⁷⁸ Le législateur marocain a considéré tout manquement aux engagements figurant au serment comme un manquement aux devoirs professionnels.⁷⁹

D'un autre côté, le ministère public marocain n'est pas une simple autorité de poursuite. Il exerce consécutivement deux attributions distinctes : celle d'une partie au procès pénal et celle d'un magistrat habilité par la loi à exercer les fonctions judiciaires.

À cet égard, le parquet est une partie poursuivante. Il met en mouvement l'action publique en application d'un principe d'opportunité des poursuites vague, sans définition des lignes directrices générales servant de référence aux décisions dans les affaires individuelles, ce qui favorise les chances de partialité

74 L'art. 273 du code de procédure pénale Marocain.

75 La constitution Marocaine de 1996 ne qualifie pas le ministère public comme autorité judiciaire, contrairement à la Constitution de 2011, qui accordait explicitement aux membres de ce dernier le statut du pouvoir judiciaire.

76 Le principe d'impartialité des magistrats du parquet au Maroc a toujours été conçu comme une obligation déontologique.

77 Consid. 13/a des principes directeurs applicables au rôle des magistrats du parquet ; Consid. 24 de la Recommandation Rec (2000)19 sur le rôle du Ministère public dans le système de justice pénale.

78 En revenant à l'art. 18 de l'ancien statut des magistrats marocains, l'impartialité n'est pas contenue dans le serment prêté par les magistrats.

79 L'art. 40 de la loi organique n°106-13 portant statut des magistrats.

de la part du ministère public, qui peut recourir à des motivations guidées par l'intérêt privé, compte tenu des instructions hiérarchiques auxquelles il est tenu.

En d'autres termes, le risque de partialité du ministère public peut être intensifié en cas d'utilisation de son pouvoir de poursuivre ou de ne pas poursuivre, dominé par le principe de l'opportunité. Ainsi, les considérations familiales et personnelles du magistrat debout peuvent influencer sa décision de déclenchement de poursuite, ce qui peut affecter son impartialité personnelle.

À côté des attributions appartenant à la partie poursuivante, le magistrat debout exerce des fonctions judiciaires. Alors que l'impartialité est une exigence consubstantielle à la fonction juridictionnelle dont le propre est de départager des adversaires en toute justice et équité.⁸⁰ Pour cela, les magistrats du ministère public n'ont de légitimité dans l'exercice des fonctions judiciaires, surtout en ce qui concerne la qualification des poursuites et d'atteinte à la liberté, que lorsque les apparences ne montrent pas un préjugé, de même que le cumul des fonctions ne paraît pas un engagement de la part de ce magistrat en faveur de l'une des parties au procès pénal.

En revanche, l'impartialité fonctionnelle suppose le non-cumul du parquet des fonctions de poursuite et celles relatives à la détention et la mise en liberté.⁸¹ Par conséquent, le cumul du ministère public de l'exercice de l'action publique et des fonctions judiciaires, que ce soit dans une même cause ou dans plusieurs causes, ne peut être qu'une raison légitime de redouter de l'impartialité du magistrat du ministère public.⁸² En d'autres termes, si les apparences gardent leur importance indéniable dans les procès pénaux, on ne peut pas nier tout doute de partialité de la part du magistrat debout en le voyant prendre une décision sur la liberté d'une personne avant de se transformer ultérieurement en une partie poursuivante dans la même cause.

Certes, le magistrat du ministère public ne peut être récusé, s'il était seulement une partie principale et nécessaire au procès pénal, un contradicteur de l'accusé, qui exerce l'action publique, mène les enquêtes et utilise les voies de recours. Dans ce cas-là, l'irrécusabilité peut être justifiée, car l'adversaire ne peut récuser son adversaire. Alors que ce dernier détient des fonctions judiciaires qui appartiennent à un juge tenu par les garanties d'indépendance et d'impartialité, ce qui rend toute partialité ou préjugé peut nuire aux intérêts de l'accusé.⁸³

80 Cornu Gerard, *Vocabulaire juridique*, (11^e éd, 2016) 1122.

81 La Cour européenne des droits de l'homme a conclu plusieurs fois que le cumul de la décision sur la liberté avec la poursuite suffit pour établir la partialité du ministère public. Voir Cour EDH, De Jong, Baljet et Van Den Brink c. Pays-Bas, § 49 ; Cour EDH, Medvedyev et autres c. France, § 124.

82 Ariana Macaya, Le parquet dans la jurisprudence constitutionnelle et conventionnelle, In Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux (édit.), *le statut constitutionnel du parquet* (2012) 96.

83 Voir n (47) 49 ; Voir n (02) 277.

En outre, et malgré le poids important de la compétence de qualification des faits accordée au parquet et son impact sur l'issue du procès, la loi n'autorisait pas l'accusé à récuser le magistrat qui a pris cette décision, même en cas d'existence des causes qui le justifient. En plus, les chances d'existence des motifs contraires à l'impartialité présumée augmentent dans le cas du magistrat du parquet, compte tenu de larges pouvoirs judiciaires qui lui sont accordés, qui se basent sur la discrétion, ce qu'intensifie le risque des erreurs judiciaires.

Bref, la consécration du droit de récusation du ministère public avec l'obligation de motivation va entraîner plus de transparence sur le processus de déclenchement des poursuites, et par conséquent plus d'impartialité.

B. LA CONSÉCRATION DE LA RÉCUSATION DU PARQUET

Lors de l'élaboration et de la discussion des textes de procédure pénale marocaine, la doctrine marocaine soutient l'idée de généralisation de la récusation sur tous les magistrats. Cependant, le législateur a dérogé à cette orientation, en limitant le champ de la récusation aux juges de jugement et d'instruction, sans inclure ceux du ministère public.⁸⁴

Sous la pression de la jurisprudence européenne, le législateur français a étendu le champ de l'impartialité pour englober les magistrats du parquet sans reculer sur le principe d'irrécusabilité.⁸⁵ Conformément à l'art. 31 du code de procédure pénale, « Le ministère public exerce l'action publique et requiert l'application de la loi, dans le respect du principe d'impartialité auquel il est tenu ». Cette impartialité consacrée reste atténuée, hybride et dépouillée de substance.

Pour certains auteurs, cette dernière disposition est vide de conséquences procédurales et « n'est qu'un rappel d'une obligation déontologique pesant sur tout magistrat, laquelle n'aurait pas de sens procédural lorsqu'il est question du ministère public ».⁸⁶ Alors, comment peut-on imaginer une impartialité d'un organe en l'absence de la condition d'indépendance ?⁸⁷

84 Abd-Ouahed Alami, *Traité du nouveau code de procédure pénale* (3^e éd., 201) 94. (En arabe)

85 La loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013 relative aux attributions du garde des sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique, modifiant l'art. 31 du code de procédure pénale.

86 Etienne Verges, 'Procédure pénale' (2013) *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 615 ; Edouard Verny, *Procédure pénale* (6^e éd., 2018) 171.

87 La chambre criminelle de la cour de cassation français a affirmé plusieurs fois que le ministère public n'est pas une autorité judiciaire car « il ne présente pas les garanties d'indépendance et d'impartialité requises par ce texte et qu'il est partie poursuivante ». Voir Crim. 15 décembre 2010, n° 10-83.674, Bull. crim. n° 207.

Dans ce cadre, voir Akila Taleb, 'Quelles perspectives d'évolution pour le parquet français ? étude des systèmes français et anglais à la lumière de la jurisprudence européenne (à propos de l'arrêt CEDH, 23 nov. 2010, Moulin c/France)' (2011) *Revue internationale de droit pénal* 238 ; Didier Rebut, 'L'arrêt Medvedev et la réforme de la procédure pénale' (2010) *Recueil Dalloz* 970 ; Jean-François Renucci, 'L'affaire Medvedev devant la grande chambre : les « dits » et les « non-dits » d'un arrêt important' (2010) *Recueil Dalloz* 1386.

D'un autre côté, la procédure de récusation instaurée par le code de procédure pénale n'est pas une procédure juridictionnelle.⁸⁸ Au contraire, c'est une procédure administrative qui se caractérise par ses règles particulières. Le magistrat récusé n'est pas une partie au procès, mais un sujet passif. La procédure n'est ni publique ni contradictoire. En outre, la décision rendue n'est pas soumise à l'obligation de motivation, elle n'est susceptible d'aucune voie de recours. De même, il n'existe aucune disposition juridique qui oblige le premier président à statuer sur la demande de récusation. L'absence de réponse à une requête apparaît donc pour le premier président comme une alternative intéressante. Le législateur n'a prévu aucun délai pour répondre à la demande de récusation.⁸⁹

Cette obscurité qui caractérise la procédure de récusation impacte la décision d'amende civile rendue en cas de rejet de la requête du demandeur, qui n'aura aucun droit de se défendre ou d'intenter un recours. La prérogative de récusation confiée aux parties au procès dont l'issue défavorable s'achèverait toujours par une sanction pécuniaire.⁹⁰ Toutes demandes infondées entraînent une condamnation par une amende, ce qui reste critiquable au regard des droits de la défense. Cette situation peut faire entrer le demandeur dans un état d'incertitude et de non confiance à l'égard de l'institution judiciaire.

Pourtant, une procédure de récusation destinée à garantir l'impartialité doit être judiciaire, et soumise à l'exigence procédurale de droit à un procès équitable. Elle doit respecter le principe du contradictoire, à travers la communication des mémoires et des pièces du magistrat récusé au requérant, en plus de l'ouverture d'un débat judiciaire. En outre, l'ordonnance statuant sur la récusation doit être motivée, rendue dans un délai déterminé et susceptible d'un recours.

CONCLUSION

L'impartialité est plus qu'une garantie. La notion même de justice nécessite l'impartialité. Cette dernière est un élément inhérent au fonctionnement du système judiciaire. L'acceptation même des décisions judiciaires se fonde sur le principe de l'impartialité de l'institution judiciaire.

Alors que, le ministère public appartient au pouvoir judiciaire indépendant, il bénéficie d'un périmètre des prérogatives procédurales complexifié et d'une multiplicité des fonctions, en cumulant celles de nature administrative avec les fonctions de nature judiciaire. Pour cela, il est tenu au principe de l'impartialité comme condition incontournable pour l'accomplissement des fonctions judiciaires. Ainsi, en cas de présomption légale de soupçon de parti pris, la

88 Voir n (43) 974.

89 Frederic De Baets, 'Récusation : crime de lèse magistrat ?'(2011) AJ pénal 291

90 Fabrice Defferrard, *Récusation*, (J.Cl. procédure pénale, art. 668 à 674-2, fasc. 20, n° 82).

récusation reste un moyen juridique pour écarter tout préjugé ou préférence, et rétablir l'impartialité.

Le droit de récusation du magistrat du parquet trouve son fondement dans l'unité du statut de ce dernier avec le magistrat du siège et l'appartenance au même corps judiciaire, ce qui implique une certaine assimilation dans les garanties et règles auxquelles sont soumis les deux corps de magistrats. En plus, l'organisation du ministère public se fonde sur l'indivisibilité, ce qui favorise le respect de l'impartialité. Chaque membre qui supposerait en sa personne un soupçon de partialité peut demander de confier l'affaire à un autre magistrat.

En somme, la récusation n'est pas une atteinte à la probité ou loyauté du magistrat, mais une contribution à la concrétisation d'une justice impartiale et équitable, et à la consécration d'une bonne administration de la justice.

O NEOINSTITUCIONALISMO HISTÓRICO COMO FERRAMENTA OU MÉTODO DE ANÁLISE JURÍDICA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

HISTORICAL INSTITUTIONALISM AS A TOOL OR METHOD FOR THE LEGAL ANALYSIS OF PUBLIC POLICIES

ISABELLE ESTEVES MOULIN¹LUIGI BONIZZATO ²

RESUMO

O artigo tem por objetivo o estudo do neoinstitucionalismo histórico como ferramenta ou método de análise de políticas públicas. Para tanto, realiza-se uma breve revisão bibliográfica sobre a teoria institucional, destacando a sua caracterização como mais uma agenda de pesquisa que uma teoria consolidada e, na sequência, sobre o neoinstitucionalismo e, em especial, o neoinstitucionalismo histórico, reforçando a possibilidade de utilização deste como método ou ferramenta de análise jurídica de políticas públicas.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. teoria institucional. neoinstitucionalismo histórico. políticas públicas.

ABSTRACT

The article aims to study historical neoinstitutionalism as a tool or a method of analyzing public policies. To this end, a brief bibliographic review is carried out on institutional theory, highlighting its characterization as more of a research agenda than a consolidated theory and, subsequently, on neoinstitutionalism and, in particular, historical neoinstitutionalism, reinforcing the possibility of using it as a method of legal analysis of public policies.

KEYWORDS: Constitutional law. institutional theory. historical neoinstitutionalism. public policies.

INTRODUÇÃO

Por meio do presente artigo, pretende-se discutir a possibilidade de utilização do que se entende por “neoinstitucionalismo histórico” como método ou ferramenta de análise jurídica de políticas públicas.

Primeiramente, cumpre desde já destacar que se trata de pesquisa teórica e documental, realizada a partir de breve revisão da literatura sobre teoria institucional, com enfoque qualitativo, para a reconstrução de teorias, condições explicativas e discussões pertinentes para a abordagem de Direito e Políticas Públicas³, como preleciona Maria Paula Dallari Bucci (2021) e, por fim, para uma análise jurídica de políticas públicas.

1 Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Pesquisadora do Laboratório de Estudos Jurídicos (LACENJUR). E-mail: belle.moulin@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7398-3509>.

2 Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito da UFRJ. E-mail: bonizzato@bonizzato.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3221-4068>.

3 Em inicial explicação e localização temática, Maria Paula Dallari Bucci defende que “a agenda

Conforme indica Toledo (2019, p. 978), a análise jurídica de políticas públicas é ainda um campo em desenvolvimento, o que impõe desafios metodológicos, especialmente em razão de sua abordagem interdisciplinar.

Assim, aqui se defende que se faz necessária uma revisão bibliográfica sobre a teoria institucional, destacando a sua caracterização como mais uma agenda de pesquisa que uma teoria consolidada, que abrange autores e doutrinas políticas diversas, oferecendo diferentes ferramentas de análise do fenômeno social, a depender da área do conhecimento em que é explorada.

Foca-se, nesse ponto, no tratamento dado à referida teoria sob o viés econômico, que sustenta a existência de, ao menos, três correntes institucionalistas: o “velho” institucionalismo norte-americano; a nova economia institucional; e a economia política institucionalista. Ademais, realça-se o surgimento da teoria institucional como alternativa ao formalismo e ao positivismo jurídico.

E, dentre as citadas correntes institucionalistas de viés econômico, destaca-se a economia política institucionalista, que incorpora a história e os fatores sociopolíticos em sua análise, entendendo instituições como estruturas sociais que restringem a ação individual, mas que também criam condições para ela.

Neste breve texto científico, buscar-se-á confirmar a hipótese segundo a qual o neoinstitucionalismo histórico é essencial para o estudo e formação de uma teoria e de análise jurídica do fenômeno das Políticas Públicas. Ao associar referenciais teóricos das teorias institucionais e das Políticas Públicas, o texto fundamenta a hipótese proposta. Em sua parte final, conclui haver uma íntima relação entre ambos os campos, evidenciando a necessidade de integrar os estudos institucionais à análise jurídica das políticas públicas — o que justifica o uso do neoinstitucionalismo histórico como método para essa abordagem. Pois, na verdade, a adoção pontual e direcionada de políticas públicas em um Estado, perpassa, necessariamente, suas instituições, sejam elas democráticas ou não, de cunho autoritário ou não, ou de que características forem. A relação, primeiramente teórica, como deseja este Artigo, entre Estado e Instituições se fortalece, levando consigo a imposição de políticas públicas adentrarem tal universo

do desenvolvimento se abra para o entendimento de como se formulam e executam as políticas públicas, por meio de diferentes arranjos, seja para o atendimento de direitos, diretamente, seja para a organização das formas econômicas e sociais que se relacionam com esse resultado, a partir das iniciativas dirigidas e coordenadas pelo Poder Público. A melhoria e modernização dos serviços públicos e da infraestrutura, os incentivos à produção e à inovação, bem como as políticas de inclusão social e todas as iniciativas de longo prazo, dependem não apenas da compreensão dos papéis do Estado e do governo, mas também do domínio técnico dos seus mecanismos de funcionamento, tanto no nível das relações políticas tradicionais como nas implicações dessas com a execução das decisões e dos dispêndios governamentais. (...) Partindo do pressuposto de que a política atua por meio de expressões jurídico-institucionais, cujo domínio representa uma forma particular de poder, o funcionamento do governo e a formação dos arranjos institucionais, configurando políticas públicas, constituem uma agenda específica de pesquisa e ação” (Bucci, 2021, pp. 50-51, grifo nosso).

aproximativo e robustecido, caso desejem ser efetiva e realmente entendidas do ponto de vista metodológico do Direito e aplicadas na interseção de ideias e bases constitucionais e institucionais.

Nesse sentido, portanto, estrutura-se o presente Artigo, o qual, após breve análise do surgimento do neoinstitucionalismo na economia, volta-se ao institucionalismo histórico, retomado no final dos anos 1980 e início dos anos de 1990, como proposto por Taylor e Hall (2003). Reitera-se que o termo “neoinstitucionalismo” corresponde a diferentes abordagens e escolas de pensamento, não se tratando, portanto, de uma corrente de pensamento unificada.

A contribuição do neoinstitucionalismo é importante, como indica Celi-
na Souza (2007), porquanto a luta pelo poder e por recursos entre grupos so-
ciais é o cerne da formulação de políticas públicas, e o entendimento do proces-
so histórico subsidia uma melhor compreensão do *status quo* (Toledo, 2019, p.
982-983) e, em consequência, a formulação de arranjos institucionais próprios
para a configuração de políticas públicas (Bucci, 2021).

Por fim, volta-se, em específico, à possibilidade de utilização do que se
entende por “neoinstitucionalismo histórico” como método ou ferramenta de
análise jurídica de políticas públicas.

Este, assim, resumidamente, o arcabouço central do que, a seguir, mais
detalhadamente se desenvolverá.

1. A TEORIA INSTITUCIONAL: BREVE PANORAMA

“Uma breve revisão histórica da teoria mostra um percurso de rupturas, re-
tomadas, tanto no quadro da teoria social quanto no quadro específico das
instituições. Todavia, submetida a questionamentos sistemáticos, a teoria ins-
titucional continua sendo capaz de oferecer compreensões alternativas e úteis
para fenômenos sociais em diferentes épocas e contextos” (Carvalho; Vieira;
Goulart, 2005, p. 854).

O institucionalismo é menos uma doutrina ou uma escola de pensamen-
to, e mais uma agenda de pesquisa em que o papel das instituições na sociedade
ganha protagonismo (Coutinho, 2017, p. 568), abrangendo, portanto, diversos
autores e escolas de pensamento de ideologias políticas. Assim, no interior das
Ciências Sociais, a abordagem institucional oferece diferentes ferramentas de
análise do fenômeno social, a julgar pela área do conhecimento em que é explo-
rada. Nessa linha, ressaltam-se as perspectivas política, econômica ou sociológi-
ca (Carvalho; Vieira; Goulart, 2005, p. 854)⁴.

4 “A abordagem institucional, sob os adjetivos de velho ou de novo institucionalismo, tem
sido explorada em diferentes vertentes — a política, a econômica e a sociológica —, que têm,
cada uma, oferecido subsídios para o entendimento de fenômenos sociais em seus respectivos
âmbitos do conhecimento. Sob a primeira, foram destacadas, originalmente em fins do século
XIX, estruturas legais e formas particulares de governança, enquanto estudos da década de
1970 enfatizam questões como a autonomia das instituições políticas em face de pressões sociais

Paralelamente, compete salientar que o debate sobre a existência de direito para além da figura do Estado não é estranho aos juristas. Desde o final do século XIX, questionava-se o formalismo jurídico e a existência de uma alternativa teórica para uma abordagem do Direito. Surgia, assim, o institucionalismo clássico, capitaneado por nomes como Maurice Hauriou e Santi Romano⁵ (Coutinho, 2017, p. 566).

Ainda que se possa afirmar que acabaram por não realizar efetivamente uma análise institucional e, sim, estudos teóricos sobre o próprio Direito (Coutinho, 2017, p. 566)⁶, tais autores representaram o início de uma forma de pensamento para além do formalismo e do contratualismo, inaugurando uma perspectiva pluralista de análise da sociedade e do Estado.

e políticas institucionais promotoras de cooperação internacional. A vertente econômica, em sua origem, contrapôs-se aos fundamentos da economia clássica, introduzindo a estrutura social como determinante de processos econômicos; suplantada pela orientação econômica ortodoxa, seu ressurgimento, também na década de 1970, revela direcionamento para análises microprocessuais e predominantemente endógenas. A orientação sociológica traz, para o centro da análise, as relações organização-ambiente, primeiramente focadas nas interações informais, em relações de poder e no processo constitutivo das instituições, com ênfase na heterogeneidade do universo organizacional. Em sua retomada, em fins dos anos 1970, relações de poder são postas em segundo plano e evidenciam-se requisitos de conformidade a padrões institucionalmente legitimados, enfatizando a homogeneidade entre conjuntos de organizações. A ampliação do nível de análise, do organizacional, para o interorganizacional e societal representa também uma modificação em relação ao período inicial. No domínio da ciência política, a abordagem institucional foi dominante entre pesquisadores da Europa e da América desde a última metade do século XIX até as primeiras décadas do século XX. Manteve, em seus primórdios, uma relação estreita com o direito constitucional e a filosofia moral concedendo, por isso, atenção especial aos aspectos legais e à ordenação administrativa das estruturas de governo (Scott, 1995). (...) Durante a década de 1970 ocorre uma retomada do interesse pelas instituições que conformam a vida política, como o Poder Legislativo, as políticas estatais, o governo local ou as elites políticas, conforme indicam March e Olsen (1993:1-2). Para estes líderes do pensamento institucionalista ‘este novo institucionalismo sublinha a relativa autonomia das instituições políticas, as possibilidades de que a história não seja eficaz e a importância da ação simbólica para a compreensão da política’ (Carvalho; Vieira; Goulart, 2005, pp. 854-856, grifo nosso).

- 5 Sobre a teoria da instituição cunhada por Maurice Hauriou, ver também: CICCIO, Cláudio de. Considerações sobre o institucionalismo de Maurice Hauriou: bases filosóficas e verificação histórica / Considerations about the institutionalism of Maurice Hauriou: philosophical bases and historical verification. *REVISTA QUAESTIO IURIS, [S. l.]*, v. 13, n. 02, p. 880-913, 2020.
- 6 “Como representantes da assim chamada corrente pluralista, esses autores sustentavam que há direito fora do Estado e, com isso, debatiam-se contra o formalismo jurídico no início do século. Como uma reação a esse formalismo, o institucionalismo clássico de Hauriou e Santi Romano procurava uma alternativa teórica para uma abordagem do direito e da ciência jurídica que consideravam estreita – o primeiro era identificado apenas com um comando superior ou com a soberania estatal e a segunda, associada a uma análise ‘externa’ e puramente descritiva e sistemática de normas jurídicas. A despeito da importância que têm para a teoria do direito e para o direito público, tais abordagens são, antes de tudo, estudos teóricos sobre o próprio direito. Em outras palavras, não representam análises jurídicas das instituições no capitalismo, tampouco são análises econômicas de suas instituições jurídicas. Iluminam o conceito de instituição, mas dizem pouco sobre sua aplicação, efeitos sociais e dinâmicas de mudança” (Coutinho, 2017, pp. 565-566, grifo nosso).

Anunciado o acima e, de igual forma, sucede que a discussão sobre o papel das instituições no desenvolvimento econômico não é desconhecida ao Direito, tendo em vista que as instituições englobam regras formais e informais, ideologias e visões de mundo, normas e interpretações jurídicas.

A teoria institucional surge, portanto, entre outras possibilidades, mas, tendo em vista os fins do presente texto, como uma alternativa à teoria do Direito para a superação do positivismo jurídico.

Sob o viés econômico e, ainda na visão de Diogo Coutinho (2017, pp. 568-570) traz à tona a existência de três correntes institucionalistas: (a) o “velho” institucionalismo norte-americano; (b) a nova economia institucional; e (c) a economia política institucionalista.

Os “velhos” institucionalistas e, em especial, Thorstein Veblen (1899), defenderam uma análise centrada, simultaneamente, nas instituições e nas ações humanas, em oposição às análises fundadas em comportamentos individuais maximizadores, indicando a necessidade de ênfase de análise nas instituições e na forma como ocorre seu processo evolutivo para a compreensão do processo de mudanças e transformação econômica em um país. Para aqueles (*old institutionalists*), instituições seriam entendidas, de forma ampla, como normas sociais, convenções, hábitos, práticas, valores e formas de pensar compartilhadas.

A abordagem da nova economia institucional, por sua vez, resgata, nas Ciências Sociais, os pressupostos do individualismo metodológico, objetivando aperfeiçoar a abordagem econômica neoclássica. A partir das concepções de Douglass North (1991)⁷, esta abordagem define instituições como “constrangimentos” ou “regras do jogo”, criados para estruturar interações políticas e sociais, de modo que desempenhariam um papel disfuncional em países em desenvolvimento. Ademais, a nova economia institucional mitiga a dimensão estrutural – isto é, a possibilidade de instituições influenciarem comportamentos humanos – em prol de uma abordagem centrada na agência do indivíduo como agente provocador das mudanças sociais.

Finalmente, a terceira corrente, intitulada “economia política institucionalista”, incorpora a história econômica e os fatores sociopolíticos em sua análise, entendendo instituições como estruturas sociais que restringem a ação individual, mas que também criam condições para ela. Na visão específica de Ha-Joon Chang (2005)⁸, em uma explicação do que entende por mudança institucional, concebe-se uma relação mútua entre agência e estrutura.

7 “Institutions are the humanly devised constraints that structure political, economic and social interaction. They consist of both informal constraints (sanctions, taboos, customs, traditions, and codes of conduct), and formal rules (constitutions, laws, property rights)” (North, 1991, p. 97).

8 “A economia política institucionalista realiza, como seu nome sugere, análises econômicas e institucionais em seu contexto político, explorando seu potencial explicativo na mudança institucional, e não fora dele. Ao fazê-lo, rejeita a primazia das transações de mercado tidas

Deste panorama teórico, são extraídos os conceitos comumente trabalhados em pesquisas acadêmicas, e aqui reivindicados, tais como, entre outros, os de instituição, arranjos institucionais, arranjos jurídico-institucionais e institucionalização⁹. E, exatamente com base e a partir de tais conceitos, é que se prossegue para a análise do neoinstitucionalismo histórico, seguida da percepção de sua relação com um exame jurídico das políticas públicas.

2. O NEOINSTITUCIONALISMO HISTÓRICO

Hall e Taylor (2003, p. 193) explicam que o termo “neoinstitucionalismo” corresponde a diferentes métodos e escolas de pensamento, não se tratando, portanto, de uma corrente de pensamento unificada. Dentre as escolas de pensamento surgidas nos anos de 1980 e 1990¹⁰, os autores destacam três: o neoinstitucionalismo histórico, o institucionalismo da escolha racional e o institucionalismo sociológico¹¹.

como ‘naturais’ em detrimento da ação ‘artificial’ do Estado na economia. Rejeita, também, a dicotomia (e o antagonismo) Estado-mercado, preferindo avançar sobre as múltiplas formas de coordenação e regulação entre ambos. Diferentemente da nova economia institucional, para a economia política institucionalista, os indivíduos não são tomados como dados e as instituições não são descritas apenas como ‘constrangimentos’ (constraining) à ação, mas também como ‘habilitadoras’ (enabling), isto é, como instrumentos ou veículos que tornam possível o alcance de objetivos, que podem ser econômicos ou políticos. A economia política institucionalista parte, ademais, de uma noção de racionalidade individual dependente do contexto e da circunstância histórica, de forma tal que agência e estrutura são, ambas, importantes e mutuamente constitutivas da sociedade e da mudança social” (Coutinho, 2017, p. 581, grifo nosso).

- 9 “As expressões modelagem ou desenho institucional geralmente são utilizadas significando a atividade de composição de um arranjo determinado, com a manipulação consciente de cada um de seus elementos, tendo por base uma funcionalidade previsível. Existem diferentes tipos, modelos, desenhos e também graus de institucionalização. A distinção entre *‘políticas de Estado e políticas de governo’* pode ser compreendida por esse prisma. O arranjo institucional, pode-se dizer, nasce *‘políticas de governo’* e aspira ser *‘política de Estado’*. Ele assumirá essa condição a depender de dois fatores: a institucionalização e a legitimação política. A institucionalização é o fator relacionado aos dispositivos jurídico-institucionais – a lei, as normas de atribuição de competência etc. – que dão corpo à política, conferindo permanência a determinada orientação no ordenamento jurídico (...). Outro fator que indica tratar-se de política *‘de Estado’* é o da legitimação política, que funciona como impeditivo à reversão de uma orientação de governo, mesmo quando há troca de grupo político nas eleições, nas situações em que os efeitos sociais e econômicos são reconhecidos pela generalidade da população como de interesse coletivo e passam a ser merecedores de sustentação pela opinião pública” (Bucci, 2021, pp. 264-265, grifos do original).
- 10 “O estudo das instituições tem ganhado centralidade no debate contemporâneo da Ciência Política desde o final da década dos anos 1970. Como uma resposta tanto à *‘revolução behaviorista’* quanto às aplicações dentro da disciplina de diferentes modos de análise *‘neo-marxista ortodoxa’*, os chamados três neo-institucionalismos (Histórico, Escolha Racional e Sociológico) obtiveram espaço e relevância (...). De acordo com Adcock (2008), o momento-chave para o nascimento do neo-institucionalismo é a publicação, em 1984, na *American Political Science Review*, do artigo *‘The New Institutionalism: organizational factors in political life’* de March e Olsen. Este artigo serviu como ponto focal no debate sobre o papel das instituições no estudo da política” (César, 2009, p. 62, grifos do original).
- 11 “Esses diferentes métodos desenvolveram-se como reação contra as perspectivas behavioristas,

De acordo com os referidos autores, com a ressalva para as imagens que cada uma apresenta do mundo político, as três escolas têm por objetivo elucidar o papel desempenhado pelas instituições na determinação de resultados sociais e políticos. Assim, os teóricos do institucionalismo histórico definem “instituição”, de forma geral, como procedimentos, protocolos, normas e convenções oficiais e não-oficiais inerentes à estrutura organizacional da comunidade política ou da economia política, estendendo tal conceito às regras de uma ordem constitucional, por exemplo, ou aos procedimentos de funcionamento de uma organização (Hall; Taylor, 2003, p. 194 e 196)¹².

Douglass North (1991) por sua vez, define “instituições” como “regras do jogo”, isto é, estruturas que moldam as preferências coletivas, compostas por regras formais, que correspondem a leis e regulamentos, e informais, como convenções e códigos de conduta¹³. O autor estabelece o conceito de instituições ao diferenciá-lo do que entende por “organizações”, que, em sua visão, seriam os próprios atores, grupos de indivíduos vinculados a um propósito comum (Toledo, 2019, pp. 980-981)¹⁴.

que foram influentes nos anos 60 e 70. Todas elas buscam elucidar o papel desempenhado pelas instituições na determinação de resultados sociais e políticos. As imagens que apresentam do mundo político, contudo, são muito diferentes. (...) Considerando-se os objetos que elas têm em comum, é paradoxal que essas três escolas de pensamento tenham se desenvolvido de modo independente, ao menos a julgar pela escassez de referências cruzadas na literatura” (Hall; Taylor, 2003, pp. 193-194).

- 12 “Em primeiro lugar, esses teóricos tendem a conceituar a relação entre as instituições e o comportamento individual em termos muito gerais. Segundo, elas enfatizam as assimetrias de poder associadas ao funcionamento e ao desenvolvimento das instituições. Em seguida, tendem a formar uma concepção do desenvolvimento institucional que privilegia as trajetórias, as situações críticas e as consequências imprevistas. Enfim, elas buscam combinar explicações da contribuição das instituições à determinação de situações políticas com uma avaliação da contribuição de outros tipos de fatores, como as ideias, a esses mesmos processos” (*Ibidem*, p. 196).
- 13 “The institutional matrix consists of an interdependent web of institutions and consequent political and economic organizations that are characterized by massive increasing returns. That is, the organizations owe their existence to the opportunities provided by the institutional framework”. (North, 1991, p. 109). No mesmo sentido, Gottens et. al. explicam: “As instituições, que agiriam como matrizes de reprodução social, orientando padrões de comportamento e limitando o âmbito das ações possíveis nos diferentes contextos sociais, são as regras formais e informais que não apenas estruturam a sociedade, mas também orientam as relações sociais” (Gottens; Evangelista; Pires; Silva; Avelino da Silva, 2009, p. 1411).
- 14 “O desenvolvimento da NEI [Nova Economia Institucional] destaca limitações da teoria neoclássica, como a percepção de que sistema econômico funciona ‘por si mesmo’ e que a produção pode ser coordenada somente por preços, sem organizações. Destarte, a NEI desenvolve sua análise com base na importância das instituições para regular o comportamento dos indivíduos (North, 1991), com vistas à redução da incerteza presente no mercado (Coase, 1988), considerando elementos como a racionalidade limitada, o oportunismo e as especificidades dos ativos (Williamson, 1995). De acordo com Hodgson (Hodgson, 1993), a NEI tem a pretensão de ‘arrumar’ o ambiente, através de regras que levam à eficiência. (...) A escola do neo-institucionalismo da escolha racional apresenta uma aproximação com a discussão apresentada pela NEI, corroborando o exposto por Taylor e Hall (Hall; Taylor, 2003). A figura apresenta também o neo-institucionalismo histórico e neo-

Maria Paula Dallari Bucci (2021, p. 232) indica o seguinte conceito de instituição: “conjunto de estruturas jurídicas, políticas e sociais que tornam um objeto definido, distinto do ambiente que o cerca, a partir de certa ordenação e unidade funcional sedimentada, que produz a reiteração de determinados comportamentos”. Gabriela Azevedo Campos Sales (2023, p. 43-44) complementa o referido conceito, ao rememorar as lições de Hauriou (2009) e Bergel (2001), sobre a necessidade de vocação de permanência e agregação de elementos em torno de uma ideia diretriz ou de uma ideia-mestra para se estar diante de uma instituição.

O neoinstitucionalismo, portanto, destaca o papel das instituições como elemento mediador entre estruturas sociais e comportamentos individuais, e permite discutir os pressupostos político-institucionais dos processos de decisão política, ao “*ênfatizar a importância do fator institucional para explicação dos acontecimentos políticos concretos, além de revelar a existência de regras gerais e entendimentos prevalentes em cada sociedade, que influenciam a interpretação e o agir das pessoas*” (Gottens *et al.*, 2009, p. 1411).

A vertente histórica, em especial, importa para o alcance de uma compreensão do *status quo*¹⁵. A partir do estudo das trajetórias das instituições,

institucionalismo sociológico, escolas que são trabalhadas por diversos autores na discussão de políticas públicas, propondo-se uma possível aproximação com os conceitos e autores da Velha Economia Institucional, também retomados pelos neo-institucionalistas e raramente lembrados nesses estudos. Na NEI, principalmente a partir das noções de racionalidade e eficiência, a política pública pode ser entendida como uma ferramenta, construída ‘de cima para baixo’ com objetivo de regular, resolver, chegar à eficiência (North, 1991; Coase, 1988). Neste caso, diferentemente da velha economia institucional, o indivíduo e a influência do ambiente não são consideradas. Essa abordagem assume que os policy makers são capazes de captar os problemas e propor soluções racionais e eficientes para esses contextos. O enfoque dessa abordagem na análise de políticas públicas se vincularia ao papel racional e maximizador dos policy makers no processo de decisão política” (Chechi; Grisa, 2019, pp. 735-753).

- 15 Por exemplo, apesar de sua normatização ocorrer somente na Constituição de 1891, os debates acerca da forma de Estado federalista no Brasil remontam à Constituinte de 1823, que deu azo, obviamente, à primeira Constituição de 1824. Assevera, nesse sentido, Ivo Coser, sobre as diferentes acepções de “centralização” e “federalismo” ao longo do século XIX no Brasil: “Na Constituinte de 1823, o conceito de federalismo, seja para seus críticos, seja para seus defensores, envolvia a ideia de que as províncias poderiam sufragar ou não o pacto firmado na Assembleia Constituinte; após a assembleia nacional ter deliberado sobre as leis fundamentais, a soberania retornava às províncias. Ambos os grupos reconheciam a possibilidade da compatibilidade entre monarquia e federação. Ao grupo federalista interessava fundamentalmente assegurar a autonomia para as províncias, a forma de governo – monarquia ou republicana – seria apenas o meio para obter tal fato. O argumento federalista realizava uma análise das relações das províncias para com o pacto constitucional partindo de uma ideia do direito natural, substituindo a figura do indivíduo no seu estado natural pelas províncias. (...) No argumento federalista, a província desempenharia o mesmo papel do indivíduo com relação à sua casa; o indivíduo tem interesse em buscar a prosperidade e a felicidade da sua casa. Nesse sentido, a província deve controlar as atividades que dizem respeito à realização de seus interesses. O argumento federalista compreende a construção do bem público a partir da mesma lógica do cidadão e seus interesses no mercado; de cada indivíduo voltado para a consecução do seu interesse particular emerge a utilidade (...)”. E

tem-se uma melhor compreensão de suas interações – políticas e sociais –, transformações e evoluções para o alcance da situação atual (Toledo, 2019, pp. 982-983).

E, como se verá, logo a seguir, a referida vertente também se engrandece e proporciona engrandecimento, no momento em que é associada a uma análise jurídica das políticas públicas. O neoinstitucionalismo histórico, coligado à referida abordagem jurídica das políticas públicas, mostra-se imprescindível, conforme nas linhas seguintes, mais especificamente desenvolvido.

3. O NEOINSTITUCIONALISMO HISTÓRICO E A ANÁLISE JURÍDICA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Como indica Celina Souza (2007, p. 83), a contribuição teórica do neoinstitucionalismo é importante, uma vez que a luta pelo poder e por recursos entre grupos sociais é o cerne da formulação de políticas públicas, e esta disputa acaba por ser mediada por instituições políticas e econômicas. Tais instituições levam, no olhar da citada autora:

(...) as políticas públicas para certa direção e privilegiam alguns grupos em detrimento de outros, embora as instituições sozinhas não desempenhem todos os papéis – há também interesses, como nos diz a teoria da escolha racional, ideias, como enfatizam o institucionalismo histórico eu estrutural, e a história, como afirma o institucionalismo histórico.

Nesse sentido, a teoria institucional, por ser dotada intrinsecamente de interdisciplinaridade, funciona como verdadeiro elo entre os diversos campos do conhecimento dedicados ao estudo de políticas públicas.

A partir dos ensinamentos de Maria Paula Dallari Bucci (2021) sobre a construção de uma teoria jurídica das políticas públicas e, ainda, da teoria institucional, cujo recurso é imprescindível, tendo em vista sua perspectiva histórica

segue: “Nas décadas de 1830 e 1840, o conceito de centralização foi pensado a partir de uma contraposição entre interesses meramente provinciais e vontade nacional. No argumento centralizador, está presente a ideia de pacificar o país por intermédio da ação do poder central, na qual os direitos civis, para serem garantidos, requerem o seu esforço. Na década de 1860, o conceito de centralização foi ampliado englobando o tema da precedência do interesse público em face dos interesses particulares. Tal subordinação não nasce da compreensão de um atraso existente na sociedade, o qual caberia ao Estado corrigir por meio de instrumentos autoritários, mas de uma precedência necessária decorrente da legitimidade que esse órgão possui perante a sociedade e que o autoriza a interferir e a regular os comportamentos sociais. (...) Inicialmente, o conceito de federalismo emerge associado à ideia de confederação. Posteriormente, os liberais exaltados formulam a descentralização como um veículo pelo qual a participação e a justiça se articulam positivamente. (...) A mudança do conceito de confederação para federalismo implicou uma maior ênfase ao tema da competição pacífica entre os interesses das províncias. Ao mesmo tempo, a articulação virtuosa entre participação e justiça a partir do município foi substituída pelo tema da precedência do Legislativo provincial como intérprete desse interesse. Na década de 1860, a esses temas foi acrescida a ideia de que o Estado Imperial teria sido refratário aos interesses individuais, cabendo ao modelo federalista sua reforma” (Coser, 2011, pp. 193 e 203-204, grifo nosso).

e crítica para o constitucionalismo, ressaltando a necessidade de não se olvidar os arranjos e capacidades institucionais, e os efeitos sistêmicos, tem-se que os aspectos sociais, políticos, econômicos etc. são essenciais para a conformação de programas de Estado e programas de governo.

No mesmo passo, Diogo Coutinho (2016, pp. 219-220) desenvolve trabalho voltado a partir da premissa de que o modo como os arranjos institucionais de políticas públicas são moldados juridicamente constituiria uma variável importante na determinação da eficácia das políticas públicas de desenvolvimento e, consequentemente, no grau de efetividade dos direitos que tais políticas visam garantir e fomentar.

Assim, considerando que as políticas públicas exsurgem como políticas de governo, almejando a ascensão a políticas de Estado através de sua institucionalização e da legitimação política, conforme explica Maria Paula Dallari Bucci (2021, pp. 3 e 264-265), compreender “políticas públicas” como categoria jurídica se mostra necessário à medida em que são alcançadas novas formas de concretização de direitos humanos¹⁶, dentre as quais se destacam, especialmente, os direitos sociais. Partindo de uma definição vestibular de políticas públicas enquanto plano de ação governamental, constituído com vistas a realizar objetivos determinados (Bucci, 2021, p. 11), tem-se que a análise jurídica de políticas públicas, diferentemente de um estudo teórico ou dogmático, tem por diferencial a preocupação precípua com a efetividade do “arranjo institucional” que conforma as políticas públicas, arranjo este que deve ser hábil a produzir um encadeamento de ações estruturado e duradouro, em prol dos efeitos sociais almejados, como preleciona Toledo (2019, p. 981).

A adoção, portanto, do neoinstitucionalismo histórico como método de análise de políticas públicas permite uma reflexão a partir da dimensão temporal e histórica dessa formulação. Conforme, mais uma vez, explicam autores anteriormente neste trabalho citados, “o argumento central das políticas públicas nessa abordagem refere-se à construção de parâmetros essenciais, com base em procedimentos, protocolos, normas e convenções oficiais, oficiosas e inerentes à estrutura organizacional da comunidade política” (Gottems *et al.*, 2009, p. 1411).

Compreender, portanto, a relação íntima entre teorias institucionais – em especial, neoinstitucionais – e a percepção jurídica das chamadas “políticas públicas”, afigura-se como ato imprescindível e decisivo para a própria formulação de uma teoria jurídica das políticas públicas. Estas dependem de uma ligação umbilical com paralelos estudos institucionais, relacionados a arranjos,

16 “O papel dos direitos fundamentais evolui no sentido de garantir a liberdade em face das ameaças perpetradas não mais pelo Estado, mas pelos poderes não estatais (como o poder econômico interno, além das forças econômicas e políticas exteriores ao Estado)”. (Bucci, 2021, p. 7-8).

dinâmicas e comportamentos, a partir dos quais se pode, aí sim, almejar uma construção teórico-jurídica consentânea das ditas políticas públicas.

Um estudo e uma compreensão concomitantes, que elevam ao topo e embutem na base de uma imaginária pirâmide analítica e investigativa, composta da conexão estreita entre Direito e políticas públicas, uma essencial abordagem metodológico-instrumental do neoinstitucionalismo histórico¹⁷, de acordo com todo acima explanado.

CONCLUSÃO

Neste objetivo Artigo jurídico, propôs-se, ainda que de forma inicial, a discussão sobre a possibilidade de utilização da forma de pensamento conhecida por “neoinstitucionalismo histórico”, como método ou ferramenta de análise jurídica de políticas públicas.

A partir da revisão de literatura realizada, observou-se que a compreensão da trajetória histórica das instituições e dos arranjos institucionais que configuram determinada política pública favorece a adoção de soluções juridicamente bem desenhadas, para além de uma análise mais robusta quanto à efetividade das políticas públicas. Trata-se de prisma de análise que permite uma reflexão a partir da dimensão temporal e histórica da formulação.

Em outras palavras, “as ferramentas metodológicas oferecidas pela literatura neoinstitucionalista, em sua vertente histórica, podem ser de utilidade para os juristas que se dedicam à tarefa” (Toledo, 2019, p. 998).

Para além de se estar diante de análise inicial, a partir da revisão de conceitos, teorias e correntes de pensamento principais para a literatura neoinstitucionalista, seja sob o prisma da Economia, Sociologia, Ciência Política ou Direito, cumpre pontuar que a aproximação entre tais campos das ciências sociais, com o objetivo de estudar o desenho de políticas públicas, ainda é um esforço recente, que merece atenção da academia, especialmente dos estudiosos do Direito.

A análise de políticas públicas, por si só, evidencia a necessidade de conhecimento de áreas diversas do Direito, para além da dogmática jurídica, ensejando um esforço metodológico de aproximação com as ciências sociais para, não apenas propiciar uma análise jurídica do fenômeno “políticas públicas” – enquanto arranjo institucional efetivador de direitos –, como também a construção de uma visão multidimensional do ou dos fenômenos jurídicos.

17 Nos termos de conclusões reflexivas de Kathleen Thelen, em específico estudo sobre um institucionalismo histórico, “(...) the most important contribution that historical institutionalism has made and can continue to make is to keep our attention focused on the broader picture – large, substantively compelling empirical puzzles and the longer term processes that shape the political context in which contemporary politics are made (...)” (Thelen, 2002, p. 104).

Estudar políticas públicas sob bases jurídicas requer um esforço hermenêutico capaz de agregar teorias institucionais como ferramentas ou métodos para a consecução daquelas. Esforço, frise-se, aqui entendido como capaz de abrir novas fronteiras para um estudo em florescimento constante e indispensável para o desenvolvimento econômico, social, político e jurídico de toda e qualquer nação. Mas, para os fins centrais deste trabalho, em especial, do Brasil.

REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Dois problemas de operacionalização do argumento de “capacidades institucionais”. *Revista Estudos Institucionais*, Vol. 2, 2 (2016) – JUL/DEZ 2016 (publicada em fevereiro de 2017). Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.emnuvens.com.br/REI/article/viewFile/40/49>>. Acesso em 01 mai. 2021.

ARRETCHE, Marta Teresa da Silva. *Democracia, federalismo e centralização no Brasil*. 1ª reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV; Editora Fiocruz, 2014.

ARRETCHE, Marta Teresa da Silva. *Estado federativo e políticas sociais: Determinantes da descentralização*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan; São Paulo: FAPESP, 2011.

ARRETCHE, Marta Teresa da Silva. *Federalismo e políticas sociais no Brasil – problemas de coordenação e autonomia*. In: *Revista São Paulo em Perspectiva*, n. 18 (2), 2004.

ARRETCHE, Marta Teresa da Silva. (Org.). *Trajetórias das desigualdades: Como o Brasil mudou nos últimos cinquenta anos*. 1ª ed. São Paulo: editora Unesp, 2015.

BRANDÃO, Gildo Marçal. Linhagens do pensamento político brasileiro. *DADOS, Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, Vol. 48, no 2, pp. 231 a 269, 2005.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 14 dez. 2020.

BRASIL. *Constituição Política do Imperio do Brazil* (de 25 de março de 1824). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24>. Acesso em: 14 dez. 2020.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* (de 24 de fevereiro de 1891). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91>. Acesso em: 14 dez. 2020.

BRUNET, Emiliano; BUCCI, M. Paula Dallari. Os Desafios para a Reconstrução do Estado Social no Brasil Pós-Pandemia: Aprendizados a Partir das Políticas Públicas e Capacidades Estatais. *Revista Direito Público*. v. 18, n. 98, pp. 515-542, mar/abr. 2021. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4962/pdf>>. Acesso em: 02 set. 2022.

BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. *Judicialização da saúde. A visão do Poder Executivo*. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Método e aplicações da abordagem Direito e Políticas Públicas (DPP). *Revista de Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, 2019. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/430/447>>. Acesso em: 21 mai 2021.

CARVALHO, Cristina Amélia; VIEIRA, Marcelo Milano Falcão; GOULART, Sueli. A Trajetória Conservadora da Teoria Institucional. *Revista de Administração Pública FGV/EBAPE*, v. 39, n. 4, 2005, pp. 849-872. Disponível em: <<https://periodicos.fgv.br/rap/article/view/6790/5372>>. Acesso em: 10 jan. 2025.

CICCO, Cláudio de. Considerações sobre o institucionalismo de Maurice Hauriou: bases filosóficas e verificação histórica / Considerations about the institutionalism of Maurice Hauriou: philosophical bases and historical verification. *REVISTA QUAESTIO IURIS*, [S. l.], v. 13, n. 02, p. 880-913, 2020. DOI: 10.12957/rqi.2020.43989. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/quaestioiuris/article/view/43989>. Acesso em: 17 fev. 2026.

COSER, Ivo. O debate entre centralizadores e federalistas no século XIX. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 26, junho, 2011, pp. 191-206.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. Direito Econômico e a Construção Institucional do Desenvolvimento Democrático. *Revista Estudos Institucionais*, V. 2, N. 1, 2016. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/36/50>>. Acesso em: 04 mai. 2023.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. Direito e institucionalismo econômico: apontamentos sobre uma fértil agenda de pesquisa. *Revista de Economia Política*, vol. 37, n. 3, 2017, pp. 565-586. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rep/a/gMhf6Lx9QnZ8kgjnLNfng5r/abstract/?lang=pt#>>. Acesso em: 03 ago. 2021.

CHECHI, Letícia Andrea; GRISA, Cátia. Abordagens institucionalistas e as contribuições na análise de políticas públicas. *Revista de Políticas Públicas*, vol. 23, n. 2, 2019, pp. 735-353. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/journal/3211/321161767018/html/>>. Acesso em: 1 fev. 2025.

DE CÉSARIS, Luis Enrique Urtubey. Reconceitualizando o Institucionalismo Histórico: *path dependence*, agência e mudança institucional. Universidade de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Ciência Política. Dissertação de Mestrado. São Paulo, 2009.

DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant. The Internationalization of Palace Wars: Lawyers, Economists, and the Contest to Transform Latin American States. Chicago: University of Chicago Press, 2002.

GALA, Paulo. A teoria institucional de Douglass North. Revista de Economia Política, vol. 23, n. 2, 2003, pp. 276-292. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rep/a/Szh6qfj6sfzHQ7KP7b4vPfM/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 10 jan. 2025.

GOTTEMS, Leila Bernardo Donato; EVANGELISTA, Maria do Socorro Nantua Evangelista; PIRES, Maria Raquel Gomes Maia; SILVA, Aline Ferreira Melgaço da; SILVA, Priscila Avelino da. Trajetória da política de atenção básica à saúde no Distrito Federal, Brasil (1960 a 2007): análise a partir do marco teórico do neo-institucionalismo histórico. Caderno de Saúde Pública, Rio de Janeiro, 25(6): 2009, pp. 1409-1419.

HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. As três versões do neo-institucionalismo. Revista Lua Nova, 58, 2003. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ln/a/Vpr4gJNNdjPfNMPPr4fj75gb>>. Acesso em: 10 jan. 2025.

LIMBERGER, Têmis. Direito à saúde e políticas públicas: a necessidade de critérios judiciais, a partir dos preceitos constitucionais. Revista De Direito Administrativo, n. 251, 2009, pp. 179–199. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7534>>. Acesso em: 20 jul. 2022.

LYNCH, Christian. Fundações do Pensamento Político Brasileiro. A Construção intelectual do Estado no Brasil. Rio de Janeiro: Topbooks, 2024.

MACHADO, Cristiani Vieira; E SILVA, Gulnar Azevedo. Political struggles for a universal health system in Brazil: successes and limits in the reduction of inequalities. In: Globalization and health, v. 15, n. 1, 2019, p. 1-12. Disponível em: <<https://globalizationandhealth.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12992-019-0523-5>>. Acesso em: 16 mai. 2022.

NORTH, Douglass C. Institutions. The Journal of Economic Perspectives, vol. 5, n. 1, 1991, pp. 97-112. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici?sici=0895-3309%28199124%295%3A1%3C97%3AI%3E2.0.CO%3B2-W>>. Acesso em: 03 ago. 2021.

PEREIRA, Adelyne Maria Mendes. Análise de políticas públicas e o neoinstitucionalismo histórico: ensaio exploratório sobre o campo e algumas reflexões.

In: GUIZARDI, Francini L. et al (Org.). Políticas de participação e saúde. Rio de Janeiro: EPSJV; Recife: Editora Universitária UFPE, 2014. p. 143-164.

RODRIGUES, Juliana Nunes; MOSCARELLI, Fernanda. Os desafios do pacto federativo e da gestão territorial compartilhada na condução das políticas públicas brasileiras. *Revista GeoTextos*, v. 11, n. 1, 2015, pp. 139-166. Disponível em: <<https://periodicos.ufba.br/index.php/geotextos/article/view/12714>>. Acesso em: 20 jul. 2022.

SALES, Gabriela Azevedo Campos. Estado social e federalismo: a institucionalização dos sistemas de políticas públicas no Brasil. Belo Horizonte: Fórum 2023.

SILVA, Laura Gabriella Muniz da; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt; RODRIGUES, Ana Laura Machado; GALINDO, Bruno César Machado Torres. O (Re)Desenho Institucional do Pacto Federativo diante da Covid-19: Arranjos Institucionais no contexto da MP 926/2020. *Revista Direito Público*, v. 17, n. 96 (2020): Dossiê Especial Covid-19 – Volume II. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4606>>. Acesso em: 15 ago. 2022.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas: Entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel (Coordenadores). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Lumen Juris, 2008, p. 589-595.

SILVA, Virgílio Afonso da. Taking from the Poor to Give to the Rich: the individualistic enforcement of social rights, 2011. Disponível em: < <https://www.researchgate.net/scientific-contributions/Virgilio-Afonso-da-Silva-81000342>>. Acesso em: 16 mai. 2022.

SOUZA, Celina. Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas. In: *Revista de Sociologia e Política*, n. 24, 2005, pp. 105-121.

SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo. *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2007.

SOUZA, Celina. Instituições e mudanças: Reformas da Constituição de 1988, federalismo e políticas públicas. In: HOCHMAN, Gilberto; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Orgs.) *Federalismo e Políticas Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2017, pp. 91-118.

SUNSTEIN, Cass R. *A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document doesn't mean what meant before*. Princeton: Princeton University Press, 2011.

SUNSTEIN, Cass R., VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *In*: Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics. University of Chicago Law School. Chicago Unbound, 2002. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1279&context=law_and_economics>. Acesso em 15 out. 2018.

THELEN, Kathleen. The explanatory power of historical institutionalism. Disponível na internet em: https://pts.org.pl/wp-content/uploads/2016/04/thelen_2002_explanatory_power_of_hi.pdf. 2002.

TOLEDO, Carlos José Teixeira. O neoinstitucionalismo histórico como método de análise jurídica de políticas públicas: o estudo da trajetória da política de carreira docente. *Revista de Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, 2019. Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/437>>. Acesso em: 10 jan. 2025.

VALENTE, Sergio Ruy David Polimeno. Políticas públicas e a visão jurídico-institucional: o caso do saneamento básico no Brasil. 2018. 149 p. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

VEBLEN, Thorstein. The Theory of Leisure Class. Nova York e Oxford, Oxford University Press, 2007. Disponível em: <<https://moglen.law.columbia.edu/LCS/theoryleisureclass.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2025.

VERMEULE, Adrian. The Constitution of Risk. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

VERMEULE, Adrian. Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation. Massachusetts: Harvard University Press, 2006.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de. República e Civilização brasileira. *Estudos de Sociologia*, v. 5, n. 8, 2000.

Recebido em: 16/03/2026

Aprovado em: 22/07/2026

LOS RIESGOS DE DESARROLLO Y EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN REFORZADO COMO MEDIDAS ANTICIPATORIAS DEL DAÑO ECOLÓGICO PURO: UNA APROXIMACIÓN DESDE LOS ORGANISMOS GENÉTICAMENTE MODIFICADOS

DEVELOPMENT RISKS AND THE REINFORCED PRECAUTIONARY PRINCIPLE AS ANTICIPATORY MEASURES OF PURE ECOLOGICAL DAMAGE: AN APPROACH FROM GENETICALLY MODIFIED ORGANISMS

IVÁN VARGAS CHAVES¹

RESUMEN

El objetivo de este artículo es analizar los riesgos de desarrollo y el principio de precaución reforzado como aproximaciones al daño ecológico puro que potencialmente pueden causar los organismos genéticamente modificados. La metodología escogida contempló un mapeo bibliográfico de la doctrina, la jurisprudencia y normatividad recopilada sobre esta problemática; interpretando esta información desde el enfoque comparatista, y siguiendo un método de revisión e interpretación sistemática. Los resultados se presentan como una hoja de ruta, partiendo de una delimitación de los riesgos de desarrollo y el daño ecológico como categoría de exclusión de responsabilidad; el artículo continúa con los organismos genéticamente modificados como caso de estudio y, por último, se aborda el principio de precaución reforzado como medida anticipatoria a estos riesgos ambientales. Como conclusión, se propone excluir los riesgos de desarrollo en supuestos de responsabilidad por daños ecológicos puros por el carácter de irreversibles que podrían tener, así como por la condición que tiene el ambiente como un interés jurídico tutelado de orden superior. En su lugar, se considera el principio de precaución reforzado como medida anticipatoria de estos riesgos;

ABSTRACT

This paper aims to analyze the development risks and the reinforced precautionary principle as two approaches to pure ecological damage, with an emphasis on genetically modified organisms' risks. The methodology is presented in two parts, the first, in a bibliographic mapping of the doctrine, jurisprudence, and regulations compiled on this problem; and the second, in a comparative interpretation, supported by a systematic review and interpretation. The results are presented as a roadmap, starting from a delimitation of development risks and ecological damage as a category of exclusion of responsibility. The paper continues with a discussion on the challenges that GMOs and the precautionary principle reinforced face. In conclusion, the author proposes to exclude development risks in cases of liability for pure ecological damage, as observed with the GMO risks. This criterion is not suitable to prevent the irreversible character that those damages may have, as well as due to the condition that the environment has as a superior protected legal interest. As a solution, the reinforced precautionary principle is presented as an anticipatory measure of these risks.

1 Doctor en Derecho Supranacional e Interno de la Università di Palermo, Italia. Doctor en Derecho Internacional Privado de la Universidad de Barcelona, España. Profesor Asociado de la Facultad de Derecho "General Luis Carlos Camacho Leyva" de la Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia. Email: ivan.vargas@unimilitar.edu.co; ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-6597-2335>

especialmente en el caso de los organismos genéticamente modificados.

PALABRAS CLAVE: Daño ecológico puro. Riesgos de desarrollo. Principio de precaución reforzado. Organismos genéticamente modificados. Responsabilidad por daños ambientales.

KEYWORDS: *Pure ecological damages. Development risks. Reinforced precautionary principle. Genetically modified organisms. Liability for environmental damages.*

1. INTRODUCCIÓN

Hoy en día, no existe un consenso en la doctrina, las normas o la jurisprudencia en Colombia sobre si el criterio de exoneración de responsabilidad por riesgos de desarrollo, en el ámbito ambiental, encaja dentro de los fines perseguidos de evitar el daño; especialmente el daño ecológico puro, por su carácter de potencialmente irreversible o difícilmente resarcible. Tampoco hay consenso sobre los criterios de invocabilidad del principio de precaución, a falta de una norma que regule cómo debe aplicarse.

Estos dos supuestos impiden una gestión eficaz del riesgo ambiental implícito, pues el estado de la ciencia y de la técnica nos sitúa, como sociedad, en un escenario de desconocimiento e incertidumbre sobre los potenciales daños que traen consigo ciertos productos, procesos o actividades. Es el caso de los OGM u organismos genéticamente modificados, cuyo desconocimiento de los riesgos potenciales, tanto a mediano como largo plazo, le plantea un gran reto al Derecho ambiental.

El presente artículo que, en calidad de producto resultado del proyecto “INV-DER-4255: La protección de los conocimientos tradicionales en el marco de la implementación del Tratado de Cooperación Amazónica en Colombia” financiado por la Universidad Militar Nueva Granada, es presentado como requisito para su ascenso en el escalafón docente; tiene por objetivo general analizar las instituciones de los riesgos de desarrollo y el principio de precaución reforzado, como aproximaciones al daño ecológico puro que potencialmente pueden causar los OGM.

La cuestión que se busca resolver es si estas figuras responden, o no, a la categoría que la Constitución Política de 1991 le asignó al ambiente como un interés jurídico tutelado superior; y, si en tal sentido, permiten anticiparse eficazmente al riesgo que pueden tener estos organismos. Para abordar este problema jurídico, la metodología escogida partió de un mapeo bibliográfico sobre los ejes temáticos antes descritos, en aras de esquematizarlo mediante un análisis bibliométrico y de red. De este modo, atendiendo al método comparatista, se llevó a cabo una revisión e interpretación sistemática de las instituciones jurídicas que interactúan con los riesgos potenciales de los OGM, a saber, el Daño ecológico puro y los riesgos de desarrollo.

Con el fin de presentar las reflexiones a las que se llegan, se trazó una hoja de ruta con cuatro objetivos específicos en el apartado de resultados², de acuerdo al siguiente orden. En primer lugar, delimitar el alcance de los riesgos de desarrollo y la previsión razonable en el ámbito ambiental. En segundo lugar, abordar el ambiente como un interés jurídico tutelado de orden superior, además del daño ecológico puro como categoría que no debería contemplarse por los riesgos de desarrollo. En tercer lugar, analizar los OGM como caso de estudio, y, por último, estudiar el papel del principio de precaución reforzado como una aproximación a la problemática.

Como aporte, el artículo contempla no incluir la exclusión de riesgos de desarrollo en supuestos de responsabilidad por daños ecológicos puros, por el carácter de irreversibles que podrían tener, así como por la condición que tiene el ambiente como un interés jurídico tutelado de orden superior. En su lugar, propone considerar la aplicación del principio de precaución reforzado como medida anticipatoria de los riesgos ambientales en un contexto de incertidumbre dentro del estado de la ciencia y de la técnica, como el que se da en el caso de los OGM.

2. METODOLOGÍA

Este ejercicio investigativo fue llevado a cabo a través de un mapeo bibliográfico sobre cuatro ejes temáticos, a saber, daños ambientales, riesgos de desarrollo, principio de precaución y organismos genéticamente modificados. Este mapeo contó con dos etapas; siendo la primera un análisis bibliométrico y de red, para tener un acercamiento al comportamiento de la producción académica en estos ámbitos, por tiempo, ubicación geográfica, autores y revistas indexadas en Scopus y Web of Science.

En la segunda etapa, se empleó la teoría de Grafos para estructurar una red social e identificar las tendencias más relevantes de investigación en estos temas, tal como lo sugieren Zhu y Liu³. Es importante precisar que, de forma conjunta, se consultaron bases de datos normativas y jurisprudenciales para ampliar el panorama de estudio, así como documentos oficiales disponibles a través de herramientas de búsqueda dentro de las páginas de organismos internacionales y agremiaciones científicas.

2 El artículo se desarrolla en el formato IMRAD, acrónimo en inglés de *Introduction* [Introducción]; *Methods* [Metodología]; *Results* [Resultados]; *And* [y]; *Discussion* [Discusión]; que, por sus siglas en castellano, puede también encontrarse como IMRYD. Se trata de un formato que facilita el tratamiento ordenado de los resultados de investigación, y que fue adoptado, desde la década de los cuarenta, por las revistas académicas y por los investigadores, especialmente de las ciencias exactas y biomédicas, para la publicación de sus documentos. WU, 2011.

3 ZHU; LIU, 2020.

La búsqueda arrojó un total de 154 registros, de los cuales 80 provienen desde Scopus, 52 desde Web of Science, y los 22 restantes en libros, capítulos de libro, normas, sentencias, además de otros documentos. Ello, luego de validar lo co-citación entre documentos para identificar las referencias bibliográficas que se utilizaron con mayor frecuencia; y después de suprimir aquellos registros duplicados, atendiendo a los lineamientos propuestos por Aksnes y Sivertsen⁴.

Así, tras bosquejar varios esquemas evolutivos del tratamiento que la normatividad, la jurisprudencia y la doctrina les han dado a los temas que son eje estudio del presente artículo, se realizó un análisis hermenéutico con el fin de resolver la cuestión propuesta, y desarrollar los objetivos planteados. Dicho análisis se basó en un enfoque cetético, que es propio de la dialéctica y la tópica⁵, con el fin de estudiar, en primer lugar, los problemas que trae consigo la gestión del riesgo de los daños ecológicos puros, y, de este modo, buscar las respuestas o soluciones que el Derecho contempla.

Una vez identificado el problema y sus variantes, se plasmó en este documento una explicación del fenómeno jurídico de la incertidumbre científica, haciendo especial énfasis en los OGM. A continuación, se llevó a cabo una revisión e interpretación sistemática de las instituciones que interactuaban con este problema, a saber, el Derecho ambiental y la responsabilidad civil. De esta forma, mediante un método comparatista se confrontaron las formas de ordenación y los marcos de referencia, gracias a los cuales se dio la discusión en el documento.

Para François GénY, a través de este enfoque metodológico de interpretación sistemática es posible caracterizar las consecuencias de orden legal y efectos de un problema de investigación jurídico, y desde normas de orden superior; en este caso, desde el carácter de interés jurídico tutelado superior que la Constitución Política de Colombia le confiere al ambiente⁶. Además, es de gran utilidad para interrelacionar los diversos conceptos y regímenes que confluyen en tópicos complejos, con miras a sistematizar inferencias prácticas en la búsqueda de soluciones de orden similar –otros riesgos y daños ambientales– a casos objeto de regulación, esto es, desde el principio de precaución en su vertiente clásica al principio de precaución reforzado, y desde la responsabilidad por productos defectuosos al daño ecológico puro.

4 AKSNES; SIVERTSEN, 2019.

5 SANZ BAYÓN, 2013.

6 GÉNY, 2023.

3. RESULTADOS

3.1 LOS RIESGOS DE DESARROLLO

El concepto de la sociedad del riesgo que propone Ulrich Beck se refiere a un estado intermedio propio de esta sociedad moderna, entre la seguridad y la destrucción, como consecuencia de ciertos riesgos ambientales, sociales, políticos y económicos que los Estados cada vez menos controlan⁷. En otros términos, es una fase del desarrollo de la sociedad donde estos riesgos tienden a escapar, con mayor frecuencia, de las instituciones de control y protección del aparato estatal.

Como parte de la teoría que este sociólogo alemán presenta, se le asigna un valor universal a la supervivencia de la especie humana en un contexto de globalización e industrialización, así como de todas las especies que habitan este planeta; también se desarrollan varios postulados críticos que cuestionan el rol que deberían tener los agentes sociales, políticos y económicos, –la sociedad del riesgo misma– quienes se encargan de gestionar los factores de riesgo, pero que al mismo tiempo los generan.

No en vano, en la historia reciente se han dado advertencias tempranas a riesgos potenciales como los derivados del consumo de tabaco, de bebidas azucaradas, o del uso desmedido de plástico o pesticidas; pero a menudo, estas son desentendidas. Los daños a la salud humana y al ambiente, con el tiempo, demuestran cómo esa gestión del riesgo se ha diluido, siendo, en su lugar, la subestimación de los factores de riesgo una constante en todas las esferas de la sociedad, que parece ceder ante las recompensas a corto plazo, la rentabilidad y las ganancias inmediatas.

“Cuando las nuevas herramientas tecnológicas parecen prometer recompensas sociales y --sobre todo-- beneficios privados instantáneos, se pasa de inmediato a la fase de aplicación masiva, sin atender al hecho de que la ciencia rara vez tiene mucho que decir sobre los efectos a medio y largo plazo de estas aplicaciones sobre la misma sociedad y sobre los ecosistemas.”⁸

En este contexto, aparece el ‘riesgo de desarrollo’ como un concepto complementario a la Directiva 374 de 1985 del Consejo Europeo, que regula algunas disposiciones legales y administrativas sobre responsabilidad por aquellos daños que causen los productos defectuosos. En el literal E del artículo 7 de la citada norma, se establece la exoneración de responsabilidad a aquellos individuos o empresas que, habiendo ocasionado un daño, logren demostrar que, para el momento de su elaboración o comercialización, el estado de la ciencia no les permitía dimensionar los potenciales daños.

7 BECK, 1992.

8 RIECHMANN; TICKNER, 2002, p. 2.

Su origen se remonta a 1968 en el Tribunal Federal de Justicia de Alemania con el caso *Hühnerpest* donde se plantea, por primera vez, un escenario de exoneración de responsabilidad por el riesgo de desarrollo. En esta sentencia⁹ se admite que, si bien el productor tiene el deber de respetar el estado actual de los conocimientos técnicos y científicos para la fabricación y desarrollo de nuevos productos, no tiene culpa en los defectos que pudiesen surgir de forma imprevisible, de acuerdo con el estado de la técnica y de las ciencias¹⁰.

Con este precedente, en el ámbito comunitario-europeo e internacional, se gestó una revolución en la forma de entender e interpretar la relación entre estado actual de la técnica y los riesgos potenciales de los productos defectuosos¹¹. Así, por ejemplo, en los Estados Unidos se adoptaría el *state of the art defense* como la forma concebida por el Derecho norteamericano para la exoneración de responsabilidad por riesgos de desarrollo de un producto; mientras que, en Colombia, con la Ley 1480 de 2011, esta figura queda incorporada plenamente en el Estatuto del Consumidor.

“Artículo 22. Exoneración de responsabilidad por daños por producto defectuoso. Solo son admisibles como causales de exoneración de la responsabilidad por daños por producto defectuoso las siguientes: (...) 6. Cuando en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto. Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 19 de la presente ley.”¹²

La Corte Suprema de Justicia de Colombia, en Sentencia de 30 de abril de 2009, da un paso adicional respecto a esta definición, dando un alcance más preciso de los riesgos de desarrollo como causal de exoneración de responsabilidad por defectos en los productos. En este sentido, entendió por estos defectos, como aquellos peligros que un producto “entraña en el momento en el que se introduce en el mercado, pero que, dado el estado de la ciencia y de la técnica no eran cognoscibles y, por ende, previsibles, por el fabricante.”¹³

9 Este caso fue sometido ante este alto tribunal, a raíz del virus de la peste aviar que se había propagado en el espacio habilitado para criar los pollos por la empresa demandada, y como consecuencia de una falla imputable en las labores de esterilización de los recipientes de las vacunas que se habían utilizado en estas aves. Lo relevante del fallo es que, pese a que se le condenó finalmente, se advirtió por primera vez, y en un hecho sin precedentes, que para futuros casos los productores no estaban obligados a responder por los daños que ocasionaran los defectos de sus productos; ello, siempre que, en el momento en que se ponían en circulación al público, estos defectos les resultaran imprevisibles según el estado de la ciencia y de la técnica en ese momento. TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA DE ALEMANIA, BGH 26.11.1968.

10 TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA DE ALEMANIA, BGH 26.11.1968.

11 SÉBASTIEN, 2004.

12 CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. LEY 1480 DE 2011.

13 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 2009.

Dicho en otras palabras, se concibe la causal de inimputabilidad cuando este producto fuese considerado inocuo, conforme a lo dimensionado por la ciencia o la técnica para el momento en que se genera; indistintamente de si en el futuro esta inocuidad se desvirtuara. A estos efectos, Busto Lago¹⁴ clarifica el concepto del estado de la técnica como el conjunto de conocimientos que estuviesen disponibles objetivamente a la puesta en circulación del producto en el mercado, y respecto a la valoración de la existencia de los defectos de este.

De hecho, fue un tema que se discutió en el alto tribunal europeo a finales de la década de los noventa, con ocasión de la disputa entre la Comisión Europea y el Reino Unido, para adaptar la *Consumer Protection Act* promulgada en ese país en 1982 con lo dispuesto en la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la regulación de la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

En el citado fallo, el Tribunal consideró que la excepción de responsabilidad debía interpretarse desde el ‘estado objetivo’ de aquellos conocimientos, tanto técnicos como científicos, que se encontraran en un estado avanzado, y que fueran además accesibles antes de la entrada en circulación del producto¹⁵.

En consecuencia, para que se conciba la exoneración de responsabilidad por los daños ocasionados por los defectos de un producto, se deberá probar que ese conjunto de técnicas y conocimientos científicos no se encontraban disponibles al momento en que este se elaborara o comercializara. López Casal¹⁶ va más allá, al caracterizar los conocimientos como aquellos que reposan en documentos especializados en un ámbito nacional e internacional; no únicamente aquellos publicados en libros o revistas científicas, sino incluso los resultados de procesos de investigación presentados en eventos académicos tales como simposios o congresos, previa discusión y validación realizada por pares.

3.2 EL PROBLEMA DE LA PREVISIÓN RAZONABLE EN LOS RIESGOS DE DESARROLLO

Hablar de certeza e incertidumbre en un escenario de riesgos, implica adentrarse en el estado de la técnica y de la ciencia para el momento en que se evalúa la elaboración y comercialización de un producto en el mercado. En este orden de ideas, se pueden considerar dos estándares, a saber, las condiciones de certeza científica razonable sobre un daño potencial que se tuvieran para el momento en que este se distribuyera; y las condiciones de incertidumbre sobre el daño potencial que causara en el momento de su distribución, esto es, que

14 BUSTO LAGO, 2014.

15 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 1997.

16 LÓPEZ CASAL, 2022.

podría o no podría darse pues el estado de la ciencia aún no logra concluir la probabilidad de este escenario.

Para ilustrar lo anterior, hasta la década setenta no existía certeza –ni tampoco conocimiento científico– sobre los riesgos de transmisión de VIH por transfusión de sangre contaminada con el virus; este supuesto no planteaba ni certeza, ni tampoco incertidumbre. Con los primeros estudios en la década de los ochenta, la comunidad médica entraba en un escenario de incertidumbre, puesto que consideraba como probable que el virus pudiese transmitirse por esta vía. En cambio, con la identificación plena de la enfermedad y sus vías de transmisión, se alcanzó el grado de certeza razonable para adoptar medidas preventivas.

En el ámbito jurídico, y particularmente en las disciplinas del Derecho ambiental y de Derecho médico-sanitario, se han estudiado las vías anticipatorias del riesgo desde la invocabilidad de los principios de precaución y de prevención. Así, el primero, exige la adopción de medidas anticipatorias cuando se tenga el grado de certeza razonable sobre un potencial daño ocasionado. En su lugar, el principio de precaución exige anticiparse al daño –incluso, llegando a suspender la elaboración y comercialización del producto o, la prestación del servicio– cuando exista una duda razonable, o incertidumbre, sobre el grado potencial de afectación, y hasta tanto no se demuestre su inocuidad.

Para autores como Goldstein¹⁷, Vargas-Chaves, Ibañez-Elam y Gómez Rey¹⁸ o DeFur y Kaszuba¹⁹, al estudiar las condiciones de invocabilidad del principio de precaución, se debe llevar a cabo un balance de los posibles riesgos y beneficios de adoptar una medida anticipatoria en un escenario de incertidumbre. En el caso de los riesgos de desarrollo, y respecto a esta apreciación *ex ante* y *ex post*, señala Borghetti²⁰, es el gran reto al que se enfrentan los estudiosos del derecho.

En efecto, aunque un productor no se encuentra obligado a responder por los daños generados por un producto cuyos riesgos no hubiesen sido identificados antes *-ex ante-* de su elaboración o comercialización, una apreciación *ex post* de su defectuosidad sí le haría responsable. En consecuencia, la actividad probatoria dentro de un proceso de esta naturaleza aterrizará indefectiblemente en si el productor conocía, o no, los riesgos potenciales antes de la puesta a disposición al público.

Por otra parte, una vez establecido el escenario de riesgos previsibles, se debe precisar cuál es el nivel de certeza razonable sobre la seguridad que ofrecería el producto para, de este manera, probar que se actuó con la debida

17 GOLDSTEIN, 2001.

18 VARGAS-CHAVES; IBAÑEZ-ELAM; GÓMEZ-REY, 2020.

19 DEFUR; KASZUBA, 2002.

20 BORGHETTI, 2004.

diligencia exigida. Pese a ello, un problema que trae consigo la exoneración de responsabilidad es la determinación del alcance de ‘previsión razonable’ al que refieren Mantilla y Terner, para quienes podría encontrarse lejos de la realidad pues no siempre se podrían concluir –con un grado de certeza relativa– cuáles de esos daños estarían a cargo del productor, y cuáles no, en tanto que el ‘acceso al estado de la técnica’ admitiría varias interpretaciones²¹.

Otro problema que tiene la aplicación de la exoneración de responsabilidad por riesgos de desarrollo se sitúa en el espectro de la protección ambiental y de los recursos naturales, que es donde está planteada la problemática en el presente artículo. Es válido en este punto precisar que, aunque se pueda tener la certeza de la potencial afectación de un producto en el ambiente o en el deterioro de los recursos naturales, la aplicación del estándar de los riesgos de desarrollo estaría sujeta a una controversia en su aplicación, ya que el productor podría invocarla. De este modo, más allá de disuadir al emisor del riesgo ambiental, esta institución se convertiría en una herramienta a su favor.

Así, pues, el problema, es que al no tener un grado de certeza relativa sobre la afectación que tendría un producto o una actividad en el ambiente, el productor o empresario podría ampararse en no haber alcanzado la ‘previsión razonable’ para continuar con la actividad, sin importar si a largo plazo puede llegar a ocasionar daños irreversibles. Al final, incluso podría asumir el coste de la indemnización, que podría ser favorable en relación con las ganancias que pueden suponer sus actividades.

Y es que pretender incorporar una institución propia del Derecho del consumo y de la responsabilidad civil al ámbito del Derecho ambiental, supone un reto, pues, aunque en principio, son dos los intereses jurídicos tutelados, a saber, el ambiente, por una parte, y por otra parte la salud humana; en la práctica se ha validado su relación intrínseca. Incluso, paradójicamente esta relación sería el sustento del productor para mantener su actividad, hasta tanto no se llegue a un escenario de certeza razonable; momento en el que los daños ambientales pueden ser ya irreversibles.

3.3 EL AMBIENTE COMO UN INTERÉS JURÍDICO TUTELADO SUPERIOR Y EL DAÑO ECOLÓGICO PURO COMO CRITERIO DE EXCLUSIÓN EN LOS RIESGOS DE DESARROLLO

Una de las cuestiones que ha adquirido gran relevancia en el ámbito sociopolítico latinoamericano, es el concepto de buen vivir; situado entre el bienestar económico y la preservación del ambiente. En palabras de Ramírez, el buen vivir o *sumak kawsay* es “la satisfacción de las necesidades, la consecución de una calidad de vida y muerte dignas, el amar y ser amado, y el florecimiento

21 MANTILLA; TERNERA, 2014.

saludable de todos, en paz y armonía con la naturaleza, para la prolongación de las culturas humanas y de la biodiversidad”²².

De ahí, que sea una tarea del Estado garantizar unas condiciones de vida adecuadas en el marco de este buen vivir. En el caso de Colombia, esta visión responde al enfoque ecológico de la Constitución Política donde el ambiente y también la salud –en ambos casos, por conexidad con el Derecho a la vida– se sitúan como intereses jurídicos tutelados de orden superior²³; pero también responde al rol que la Corte Constitucional, en calidad de guardiana de la Constitución, ha asumido en la defensa de estos dos intereses.

Así, la Constitución Política²⁴ es el resultado del nuevo Derecho, en el que es necesaria la existencia de un cuerpo normativo con supremacía en el Derecho interno encargado de contener los límites del poder estatal y, al mismo tiempo, de salvaguardar los Derechos e interés de la sociedad²⁵. Por lo demás, esta ‘norma de normas’²⁶, tiene la tarea de encajar jurídicamente lo pactado en el contrato social, a los problemas políticos, sociales, económicos e incluso ambientales²⁷.

En este contexto, y como consecuencia de la magnitud social y económica de los problemas ambientales que aquejan la historia reciente de la humanidad, las Constituciones latinoamericanas han decidido otorgarle al derecho a gozar de un ambiente sano, el estatus interés jurídico tutelado de orden superior²⁸. Algunas, han ido más allá, configurando e incorporando el concepto del ambiente como bien común; y otras, como es el caso de Ecuador y Bolivia, han propuesto una orientación biocéntrica al asignarle a la naturaleza el estatus de sujeto de derechos.

22 RAMÍREZ, 2010, p. 55.

23 RODRÍGUEZ; VARGAS-CHAVES, 2019.

24 Para autores como Hernán Olano-García, la Constitución Política es comprendida como el conjunto organizado de normas de supremacía jerárquica en el derecho interno. También, ha sido asimilado como el instrumento normativo fundamental de la regulación del poder político, en el cual se consagran las reglas básicas entre la administración y el administrado, fijando límites y controles del poder del Estado y derechos y obligaciones para los ciudadanos. OLANO-GARCÍA, 2007.

25 HAURIUO, 1927.

26 En ella se configuran y ordenan los poderes del Estado; se establecen las libertades y los derechos fundamentales de los ciudadanos; se fijan los objetivos estatales y las prestaciones que se le deben garantizar a la colectividad. Por su parte, Hans Kelsen concibe a esta norma de normas como el eje articulador de la realidad jurídico-formal, en tanto es una norma especial y suprema que dirige la vida jurídica y política de un Nación, en la que se establecen los trazos básicos de la organización del Estado. Siendo, en sentido formal, el documento solemne de normas jurídicas; y en sentido material, el conjunto de disposiciones que se encarga de regular, entre otras cosas, la creación de leyes. KELSEN, 1988.

27 NARANJO MEZA, 2010

28 GÓMEZ-REY; VARGAS-CHAVES; IBÁÑEZ-ELAM, 2019.

De hecho, en el caso de estos dos países junto con Colombia, la orientación que desde las Constituciones²⁹ se le ha dado al ambiente como un interés jurídico tutelado de orden superior, ha permeado en los cuerpos normativos e instituciones, coincidiendo en al menos tres perspectivas. La primera de ellas, en el reconocimiento como un derecho de carácter subjetivo que pueden invocar los ciudadanos; la segunda, como un fin que deben materializar las ramas del poder público; y, la tercera, como un norte en la distribución de competencia entre los órganos centralizados y los órganos descentralizados³⁰.

Con esta afirmación no se pretende desvirtuar el carácter que tiene el Derecho del consumidor como un derecho colectivo que puede evitar los daños ambientales por los riesgos en desarrollo. En su lugar, lo que se busca es disuadir desde otra óptica –como lo sería la óptica del Derecho ambiental, que contempla los principios de precaución y de prevención– que aquellos productos defectuosos que podrían verse amparados por la exoneración de responsabilidad por los riesgos de desarrollo puedan continuar elaborándose o comercializándose mientras se llega al grado de certeza razonable exigido, y, sin importar si el daño ecológico puro que ocasionan es irreversible.

Es por este motivo que la doctrina ha separado el daño ecológico puro del daño ecológico impuro. En el primer caso, daño ecológico puro se caracteriza como toda afectación del ambiente, como consecuencia de una acción y, omisión de un particular o del Estado. La titularidad exclusiva recae en este supuesto en la colectividad. El daño ecológico impuro, en cambio, se extiende a los perjuicios consecuenciales derivados de una lesión ambiental, y que afectan a un particular de forma concreta³¹.

Dicho esto, en otros términos, “el daño ambiental puro es la aminoración de los bienes colectivos que conforman el medio ambiente y el daño ambiental consecutivo es la repercusión del daño ambiental puro sobre el patrimonio exclusivamente individual del ser humano”³². La esencia de los regímenes clásicos de la responsabilidad es la reparación de estos daños de naturaleza individual, mientras que en el caso de los regímenes especiales –como ocurre con los daños ecológicos puros– es, ante todo, disuadir y evitar que los riesgos se materialicen en daños de carácter irreversible.

29 Amaya Navas ha señalado que se puede, incluso, llegar a hablar de un Derecho constitucional del medio ambiente, que, a pesar de no ser una entidad con la autonomía suficiente para dar lugar a un sector científico, cuenta con un ámbito normativo diferenciado, en tanto contiene normas de carácter material y formal, cuyo objetivo es el de proteger el conjunto de elementos naturales que son indispensables para mantener un equilibrio ecológico. AMAYA NAVAS, 2002.

30 GUDYNAS, 2009.

31 RUDA GONZÁLEZ, 2008.

32 CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA, SECCIÓN TERCERA. SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 2010.

De lo anterior, es posible afirmar que el escenario de exclusión de la exoneración de responsabilidad por riesgos de desarrollo no contemplaría los daños ecológicos impuros, pues el interés jurídico tutelado es de carácter individual y patrimonial –por ejemplo, los defectos de fabricación de un lote pequeño de vacunas que ocasionaron la muerte de unos ejemplares porcinos en una finca–, correspondiéndole al productor demostrar si conocía o no los riesgos en el marco del estado de la técnica.

En cambio, cuando se trata por ejemplo de la introducción de un organismo modificado genéticamente no adaptado a un ecosistema determinado, los daños que puede generar podrían ser irreversibles al ocasionar desbalances con las especies que allí existen. Este daño ecológico puro, no debería en ninguna circunstancia permitirle al productor de la variedad introducida, ampararse el criterio de exclusión de responsabilidad por riesgos de desarrollo.

De acuerdo con lo sustentado hasta este punto, el dilema sobre la aplicación de los estándares del riesgo de desarrollo al ámbito ambiental recae sobre el carácter que tiene el ambiente como un interés jurídico tutelado de orden superior, pues, es al mismo tiempo una obligación del Estado y de toda la sociedad; un derecho y un deber colectivo; y un factor determinante para la adopción de modelos económicos³³. No en vano así lo han entendido la Constitución Política de 1991 y la Corte Constitucional de Colombia, al abordar temas de protección y defensa del medio ambiente desde diferentes escenarios

Gracias al estatus constitucional otorgado y a los puentes de diálogo entre el Derecho ambiental y otras disciplinas jurídicas, se habla de un fenómeno de constitucionalización del Derecho ambiental³⁴. Este se da cuando el cuerpo normativo y jurisprudencial sitúa al medio ambiente como un interés jurídico de orden superior³⁵ que debe ser protegido por el Estado y por los particulares, además de tener una conexidad inmediata con el Derecho a la vida.

Esta forma vanguardista de articular los problemas desde diversas perspectivas y criterios de interpretación, permite llevar los riesgos de desarrollo al escenario de los daños ecológicos puros; lo cual se alinea con la bipolaridad del interés jurídico tutelado del ambiente en su calificación como derecho y como deber, en el sentido de que, es un derecho por estar consagrado como tal y por su conexión con la vida, la salud y la integridad física de los ciudadanos y como

33 AMAYA NAVAS, 2002.

34 HUERTA GUERRERO, 2013.

35 La Corte Constitucional ha referido que al ser la Constitución el fundamento de validez del ordenamiento jurídico de un Estado, en ella se establece el modelo de la sociedad en los sectores: (i) sociales, con la regulación de sus relaciones; (ii) económicos, con los conceptos de propiedad, trabajo y empresa; (iii) culturales, por el principio de garantía de la persona y sus diversas especificaciones; y (iv) ecológicos, tras hacer una lectura sistemática, axiológica y finalista de las disposiciones relativas a la importancia del ambiente en la nueva estructura del Estado. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, SENTENCIA T411 DE 1992.

deber, por la debida protección del mismo que se exige tanto de las autoridades como de los particulares³⁶.

3.4 LOS ORGANISMOS GENÉTICAMENTE MODIFICADOS Y EL RIESGO AMBIENTAL IMPLÍCITO

En ocasiones, tanto el estado de la ciencia como de la técnica no son suficientes para conocer y anticiparse a los riesgos de determinados productos o procesos, tales como sustancias, actividades o servicios. Como ejemplos, se pueden mencionar la contaminación electromagnética que generan las antenas de telecomunicaciones o aparatos de telefonía móvil; o el uso de fibras de asbesto en el sector industrial, bien como aislante en construcciones o bien como materia prima en la fabricación de vehículos. En ambos escenarios, se han presentado evidencias de su grado potencial de afectación negativa a la salud humana y al ambiente; siendo estas aún controvertidas por la propia comunidad científica.

En el primer caso, la radiación no ionizante emitida por antenas de telecomunicaciones base instaladas en núcleo densamente poblados sigue siendo el común denominador para la población colombiana. El principio de precaución tampoco ha sido suficiente para evitar que la industria de telecomunicaciones adopte medidas anticipatorias del riesgo generado por este tipo de contaminación electromagnética, la cual es causante de un sinnúmero de alteraciones a la salud humana³⁷.

En el segundo caso, al igual que como ocurrió con el consumo no regulado del tabaco, fue necesario esperar a llegar a un grado de certeza razonable antes de adoptar medidas precautorias y anticipatorias de los riesgos que, por su demora en identificar, ocasionaron cientos de millones de muertes en el mundo. El Congreso de la República de Colombia, apenas en 2019 promulgó la Ley 1968 de ese año para evitar su uso, la cual sería conocida como la Ley ‘Ana Cecilia Niño’ en homenaje a una de sus víctimas, quien luchó durante años para que esta sustancia se prohibiera. Aquí, tampoco fue suficiente el principio de precaución.

En efecto, el principio de precaución como medida anticipatoria del riesgo no es suficiente cuando no se tienen las evidencias necesarias para llegar a un grado de certeza razonable. Y aunque exige, en su lugar, un grado de incertidumbre científicamente respaldada para su invocabilidad, en la práctica, ha demostrado no ser un principio eficaz y de aplicación temprana, tal como quedó demostrado con su tardía aplicación, por ejemplo, para evitar que se siguieran produciendo daños al ambiente y a la salud humana por el uso del glifosato mediante aspersión aérea³⁸.

36 REYES GARCÉS, 2014.

37 VARGAS-CHAVES; IBAÑEZ-ELAM; GÓMEZ-REY, 2020.

38 VARGAS-CHAVES, 2017.

Desde nuestra óptica, su ineficacia no solo se observa en supuestos como el anteriormente mencionado, o con la contaminación electromagnética y el uso de fibras de asbesto. También, se evidencia con los OGM “que es la solución que se propone desde la moderna industria agroalimentaria a través de técnicas de ingeniería genética; para lograr una producción de alimentos a un menor coste, de mejor calidad y con un mayor volumen.”³⁹

De acuerdo con esta postura, que sostenemos con el profesor Hugo Granja-Arce en el citado texto, el problema subyace de la falta de información, que la agroindustria afirma no tener, sobre la ubicación o el número de transgenes que, al ser introducidos en una variedad vegetal base para generar allí nuevos rasgos y propiedades, terminan alterando negativamente la salud humana o a la biodiversidad de las zonas donde esta nueva variedad es introducida. De hecho, con este argumento han logrado continuar produciendo nuevas variedades sin importar los daños ecológicos puros que puedan ocasionarse a mediano y largo plazo.

La obtención de organismos modificados genéticamente, que consiste en incorporar genes de otras especies a su ADN, se fundamenta en un modelo determinista que considera la acción de los genes lineal e independiente de otros factores internos o externos en la determinación de los caracteres. Pero los recientes descubrimientos demuestran que la realidad es mucho más compleja y que queda mucho por descubrir antes de tener una comprensión profunda del funcionamiento genético de los seres vivos. Por ejemplo, las interconexiones entre genes o la influencia del ambiente en el que vive el organismo parecen fundamentales en la expresión de los genes. Por lo tanto, con el nivel de conocimiento actual resulta imposible prever todos los efectos de la inserción de genes extraños en el ADN de un organismo⁴⁰.

El problema, como se puede inferir de todo lo planteado hasta aquí, es que un productor de la agroindustria que desarrolla nuevas variedades vegetales a través de técnicas de ingeniería genética, se ampararía, por una parte en la falta de certeza razonable e incertidumbre científica, con miras a evitar la aplicación de los principios de prevención y de precaución; y de la otra, en la exclusión de responsabilidad por riesgos de desarrollo, para continuar comercializando una variedad potencialmente dañina.

En efecto, el nivel de conocimiento que se tiene en la actualidad de los daños potenciales de los OGM es insuficiente; no siempre se lograrán prever todos los efectos de la inserción de genes extraños en el ADN de otro organismo. No obstante, para inicios de la década del 2000 ya eran conocidos por autoridades regulatorias algunos eventos, por ejemplo, inestabilidades en variedades de maíz MON810 de Monsanto o BT176 de Syngenta, entre otros casos⁴¹.

39 VARGAS-CHAVES; GRANJA-ARCE, 2018, p. 244.

40 SPENDELER, 2005, p. 272.

41 DOMINGO ROIG; GÓMEZ ARNÁIZ, 2002.

Y aunque a primera vista, pareciera que los problemas derivados del uso masivo de OGM tienen poco que ver con el deterioro ambiental; con mayor frecuencia los agricultores han venido reclamando por daños en sus cultivos, generados por la contaminación de variedades modificadas genéticamente. Se trata de un daño patrimonial en estricto sentido que podría abordarse desde el régimen clásico de la responsabilidad civil, debiendo el productor demostrar que no conocía los riesgos de desarrollo para la época de elaboración y comercialización; sin embargo, el verdadero problema jurídico que debe resolverse tiene que ver con la situación de los daños ecológicos puros ocasionados, los cuales pueden llegar a ser irreversibles.

Piénsese por ejemplo en el caso de otras especies vivas modificadas genéticamente como los salmones, cuyo consumo ha venido aumentando en las últimas décadas. La ingeniería genética ha jugado un rol clave en su comercialización, pues gozan de una mejor apariencia y su producción puede controlarse de forma más eficaz ateniendo a este creciente demanda. El riesgo de desarrollo que puede llegar a darse se explica en que, al manipularse por medio de la inserción de genes en la hormona propia de crecimiento, se podría llegar a interrumpir no sólo su crecimiento sino el de otras especies⁴².

En el caso de los genes modificados genéticamente del salmón, estos podrían llegar a transferirse a otras especies biológicas, causando otro tipo de daños potenciales derivados de la reproducción entre ésta y otras especies dando lugar a híbridos, o a enfermedades resultantes de esos cruces⁴³. Aparte, señala Ruda González, una especie animal o vegetal modificada genéticamente puede llegar a ser resistente a enfermedades o plagas “y acabar imponiéndose a la biológica, con la consiguiente pérdida de biodiversidad”⁴⁴, o bien puede convertirse en una especie vulnerable, contribuyendo a que la enfermedad se extienda, o a que la misma especie se extinga.

Una conclusión importante a la que ha llegado la comunidad científica y médica, y particularmente en la que basa su posición la Academia Americana de Salud Ambiental, son las relaciones de causalidad existentes entre efectos adversos a la salud humana y el consumo de alimentos provenientes de OGM⁴⁵.

42 FIGUERAS HUERTA; NOVOA, 2014.

43 SUNDSTRÖM ET AL, 2004.

44 RUDA GONZÁLEZ, 2008, p. 278.

45 Desde criterios epidemiológicos, se demuestra la relación de causalidad en la fuerza de asociación, consistencia, especificidad, temporalidad y gradiente biológico entre el consumo de alimentos provenientes de organismos modificados genéticamente y efectos adversos para la salud. AMERICAN ACADEMY OF ENVIRONMENTAL MEDICINE, 2019. En este sentido, se recomienda la consulta del estudio realizado por Dona y Arvanitoyannis a finales de la década del 2000, así como las conclusiones a las que llegaron sobre las correlaciones asociadas al consumo de estos organismos por parte de animales. Así, se muestra que el consumo de alimentos modificados genéticamente se encuentra asociado a alteraciones hepáticas, renales y pancreáticas, así como a daños en los sistemas reproductivo, hematológicos e inmunológico;

Así, entre los efectos negativos, evidenciados a partir de numerosos estudios con animales, se concluye la posible existencia de riesgos graves como infertilidad, desregulación inmunológica, envejecimiento desregulación acelerada de genes asociados con la síntesis de colesterol y la regulación de insulina, cambios en el hígado, riñones, bazo y sistema gastrointestinal⁴⁶.

Es importante precisar en este punto, que el presente artículo no busca demostrar o traer a colación estudios que demuestren la existencia de riesgos científicamente comprobados entre los OGM y la salud humana, o el ambiente; en su lugar, busca situar los riesgos potenciales –en un escenario de incertidumbre científica– de estos organismos como caso de estudio de los riesgos de desarrollo, y en un escenario previo a los daños ecológicos puros.

De este modo, ante la falta de conocimiento exacto sobre los impactos negativos de los OGM sobre las especies biológicas, se planteará, de una parte, que los riesgos de desarrollo no deberían abordarse como criterio eximente de responsabilidad, pues, un obtentor vegetal que conozca la potencialidad de afectación de un organismo modificado genéticamente, se podría amparar en no tener el grado de certeza necesario para suspender precautoriamente su elaboración y comercialización.

De otra parte, se contemplará un escenario de invocabilidad del principio de precaución reforzado, ya que, al existir un daño potencial al ambiente como interés jurídico tutelado de orden superior, no cabe un desenlace irreversible tras ensayos, pruebas y errores, amparados en la incertidumbre, que a su vez es producto de no tener resultados concluyentes sobre el grado de potencial afectación de un organismo modificado genéticamente en el ambiente, desde el estado de la técnica y de la ciencia.

3.5 HACIA UN PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN REFORZADO

En ocasiones los daños a la salud y al ambiente derivados de riesgos no identificados a tiempo, se manifiestan años o décadas después⁴⁷. Las afecciones con este origen tienen periodos largos de latencia que dificultan que se adelanten procesos de responsabilidad con todos los elementos probatorios, tal como ocurrió con el ya referido caso de la exposición a las fibras de asbesto, o con los militares norteamericanos que se habían expuesto al ‘agente naranja’, una sustancia química utilizada en la guerra entre Estados Unidos y Vietnam, y que dos décadas después los efectos apenas empezaban a manifestarse.

De acuerdo con Ruda González, muchas veces no se puede determinar con algún grado de certeza razonable si un producto, proceso o actividad es po-

por no dejar de mencionar los posibles efectos cancerígenos. DONA; ARVANITOYANNIS, 2009.

46 AMERICAN ACADEMY OF ENVIRONMENTAL MEDICINE, 2019.

47 LACHMANN, 2012; REYES GARCÉS, 2014.

tencialmente dañina, por lo cual, cualquier estimación sobre la probabilidad de daño –aún en un escenario de incertidumbre– podría ser considerada arbitraria. En su lugar, la forma de evitar este supuesto de potencial daño en un contexto de incertidumbre es, justamente, evitar la elaboración y comercialización del producto, o impedir que se realice el proceso o la actividad⁴⁸.

De ser ese el caso, la cuestión que inevitablemente cabe plantearse es si el supuesto de exoneración de responsabilidad por riesgos de desarrollo se convertiría en un paraguas para mantener la producción, o prestación de un servicio en el marco de una actividad potencialmente dañina para el ambiente o la salud humana, ya que se alegraría el desconocimiento del riesgo, aun conociéndolo; o, si en su lugar, este supuesto de exoneración incentivaría la investigación y el desarrollo en algunos sectores donde existe un grado de incertidumbre sobre el potencial grado de afectación de sus productos, procesos o actividades.

Se trata de un problema especialmente agudo en relación con los OGMs. En la responsabilidad por culpa, la cuestión parece relativamente clara, en la medida en que el causante del daño no haya podido razonablemente preverlo y por tanto quede probada su diligencia. En un régimen subjetivo, la responsabilidad por riesgos del desarrollo supondría que se aplicase el principio de precaución sin paliativos y, por tanto, que se acabase prescindiendo de la culpa⁴⁹.

En este contexto, surge el ‘principio de precaución reforzado’ como una propuesta de la jurisprudencia y la doctrina para superar los cuestionamientos que ha tenido el principio de precaución por su tardía aplicación⁵⁰. La Corte de Apelaciones de Versalles lo utilizó por primera vez en el caso *Lapouge c/ Bouygues Télécom* para fundamentar su invocabilidad en un supuesto de riesgo donde no se llegaba a un grado de incertidumbre necesario, pero que, por el grado de afectación de la instalación de unas antenas de telecomunicaciones de telefonía base, era más que conveniente anticiparse a un potencial daño.

Para el alto tribunal francés, el operador de telecomunicaciones debía desinstalar su antena de enlace, pues, aunque había demostrado durante todo el proceso que no se daban las condiciones, ni certeza razonable, ni de incertidumbre científica que ameritaran la aplicación de los principios de prevención y de precaución respectivamente; de forma inversa tampoco logró demostrar su inocuidad. En términos de la sentencia citada, el principio de precaución reforzado se aplicó en tanto “no existen elementos para excluir perentoriamente el impacto en la salud pública de la exposición [de la radiación no ionizante emitida por las antenas] a las personas”⁵¹.

48 RUDA GONZÁLEZ, 2008.

49 RUDA GONZÁLEZ, 2008, p. 470.

50 VARGAS-CHAVES, 2017.

51 COUR D'APPEL DE VERSAILLES, SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 2009, RG

A primera vista, el inconveniente de invocar el principio de precaución desde el estándar habitual de incertidumbre científica exigido es la falta de un equilibrio adecuado entre el riesgo en sí, y la negativa en aplicar el principio. Al respecto Boutonnet⁵² se refiere a la disyuntiva que podría tener un juez o un funcionario público, que le situaría entre una decisión negligente, o temeraria. Una variante de este enfoque ya fue propuesta en la crítica al principio de precaución, por su pérdida de legitimidad institucional y social, como consecuencia de una inadecuada gestión del riesgo.

Entonces, ante la ausencia de ese equilibrio entre mantener el riesgo y aplicar el principio hasta tanto se satisfaga la razonabilidad exigida dentro del estándar de incertidumbre, es preciso poner, por delante, al ambiente como un interés jurídico tutelado de orden superior, a efectos de evitar daños irreversibles o ecológicos puros, invirtiendo completamente la carga de la prueba a la fuente emisora del riesgo. En esencia, aplicar el principio de precaución reforzado, contempla suspender precautoriamente el desarrollo y comercialización del producto, o la puesta en marcha del proceso, hasta tanto el emisor no haya demostrado su inocuidad, y desde el momento en que se realice al primer requerimiento de información ante la mínima sospecha de su potencial grado de afectación ambiental.

Piénsese en los dos siguientes casos de riesgo relacionados con la misma fuente de contaminación, en los que el principio de precaución debió haber sido aplicado en tanto ya se llegaba a un estándar de incertidumbre científica; pero que, por una ineficiente gestión del riesgo, así como por la inoperancia del principio a la que refiere Cass Sunstein; es una fuente de contaminación cotidiana para la sociedad en la actualidad⁵³.

En el primer caso, con la llegada de la tecnología 5G, en varios países se han venido instalando de forma masiva antenas en núcleos urbanos densamente poblados; ello, con el visto bueno de las autoridades competentes y sin tener presentes los límites de exposición permitidos⁵⁴. El principio de precaución no se ha aplicado, pese que existen un número importante de estudios y revisiones, que sugieren que existe una incertidumbre significativa sobre los efectos biológicos potencialmente dañinos de los campos de radiación no ionizante de radiofrecuencia⁵⁵, en los niveles que implicará la implementación de la tecnología 5G⁵⁶.

08/08775.

52 BOUTONNET, 2009.

53 SUNSTEIN, 2005.

54 QIN, 2022.

55 HARDELL; SAGE, 2008.

56 FRANK, 2021.

El segundo caso, tampoco ha contemplado la aplicación del principio respecto al uso masivo de teléfonos móviles, que se encuentra asociado a un mayor riesgo de desarrollar tumores⁵⁷; especialmente de modelos que incorporen tecnologías innovadoras como el pago por contacto o, que interactúan con otros objetos cotidianos en el llamado ‘Internet de las cosas’. Estos modelos, que demandan de un mayor despliegue de red, han sido analizados por la Agencia Internacional de Investigación sobre el Cáncer – IARC/OMS, evidenciando el vínculo de su uso con un mayor riesgo de tumores⁵⁸.

En Colombia, han sido pocos los casos donde se ha aplicado el principio de precaución en el ámbito antes mencionado. De estos, se destaca la Sentencia T-1077 de 2012 donde la Corte Constitucional ordenó el desmonte de una antena de telecomunicaciones en el municipio de Fresno, tras ser diagnosticada una menor de edad con histiocitosis de células de Langerhans, un tipo de cáncer asociado con contaminación electromagnética. No obstante, al ser contados esos casos, la aplicación del principio de precaución ha sido la excepción, y no la regla.

Si el criterio precautorio, seguido excepcionalmente por los jueces en Colombia o por los funcionarios públicos encargados de la toma de decisiones anticipatorias del riesgo, es un modelo por seguir, al final va a depender del criterio de que deba asumir quien lo aplique. En efecto, se trata de un supuesto que ha sido criticado por el propio Sunstein⁵⁹, 2008, por varias razones. En primer lugar, porque no existe una norma que regule cómo debe aplicarse, quedando al criterio interpretativo del juez o del funcionario; segundo, porque por esta misma razón no es vinculante, siendo un criterio interpretativo; y tercero, porque al no existir un ‘riesgo cero’, no se podrá encontrar un equilibrio adecuado entre suspender la fuente emisora del riesgo, o mantenerla hasta tanto se llegue a un nivel de incertidumbre científica razonable.

Con la aplicación del principio de precaución reforzado, se podrían generar dos efectos. De un lado, al momento en que se tengan los primeros indicios de un potencial grado de afectación, se podría suspender precautoriamente la fuente emisora –el producto o el proceso– asociada al daño ambiental de forma inmediata, sin importar si no se ha llegado a ese grado de incertidumbre científica razonable. Del otro lado, se mantendría una inversión de la carga probatoria durante todo el proceso, para que sea quien presta el servicio, desarrolla el producto, lo elabora o comercializa, el encargado de validar la inocuidad de este.

En el siguiente apartado, se analizará la invocabilidad del principio de precaución reforzado en el caso de los OGM, dado que los daños que potencialmente llegan a ocasionar a la salud humana, y especialmente al ambiente,

57 MYUNG ET AL, 2009; CHOI ET AL, 2020.

58 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, 2011.

59 SUNSTEIN, 2008.

podrían ser irreversibles. Además, porque como se ha indicado a lo largo del texto, el ambiente adquiere un estatus como interés jurídico tutelado de orden superior, debiendo en este sentido recibir un trato diferenciado respecto a otros intereses.

4. DISCUSIÓN

Para el ámbito ambiental existe una lógica del control que se colapsa desde el interior de la sociedad, pues la gestión del riesgo se diluye entre la sociedad y la naturaleza; cuya existencia se compromete por las dinámicas de industrialización y consumo que, a su vez, comprometen también a quienes dependen de ella, esto es, a la sociedad misma⁶⁰. Estas dinámicas no son capaces de dimensionar aún los efectos de los hábitos de consumo, de uso desmedido de los recursos naturales y de deterioro ambiental irreversible, hasta tal punto, que la humanidad se enfrente, junto con a la naturaleza, a su propia erosión.

En virtud de lo anterior, era comprensible que a inicios de la década de los noventa la Asamblea Nacional Constituyente decidiera darle un enfoque ecológico a la Constitución Política de Colombia, al incluir un número importante de disposiciones que limitan el modelo de explotación económico; así como adoptar, en su lugar, un modelo de desarrollo sostenible en el que se lograba garantizar el ambiente sano por la conexión intrínseca entre este y el Derecho a la vida. Esto, como se indicó, implica que en el ordenamiento jurídico los riesgos en el ámbito ambiental –aún en un escenario de incertidumbre– deberían tener un trato diferenciado, respecto a otros riesgos.

La Corte Constitucional de Colombia así lo había entendido al aplicar el principio de precaución en contextos de incertidumbre, como en el ya citado caso de la Sentencia T-1077 de 2012 al ordenar el desmonte de una antena de telecomunicaciones, o con la suspensión precautoria de las aspersiones aéreas con Glifosato en los territorios afrodescendientes del Pacífico colombiano a través del programa de erradicación de cultivos de uso ilícito – PECIG en el año 2014⁶¹. En este último caso, pese a que la comunidad científica venía desde hace décadas advirtiéndolo de los riesgos de su uso mediante aspersión aérea⁶².

En igual sentido el Consejo de Estado ha concebido el principio de precaución como una medida anticipatoria del riesgo ambiental en un escenario de incertidumbre científica, tras llevar a cabo una evaluación del riesgo que suponga la existencia de “evidencias científicas de que un fenómeno, un producto o un proceso presentan riesgos potenciales a la salud o al medio ambiente, pero

60 BECK, 1992.

61 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, AUTO 073 DE 2014.

62 VARGAS-CHAVES, 2017.

esas evaluaciones científicas no [sean] suficientes para establecer con precisión ese riesgo”⁶³. Advierte no obstante este alto tribunal en la citada sentencia que:

“(…) si no hay evidencias básicas de un riesgo potencial, no puede arbitrariamente invocarse el principio de precaución para inhibir el desarrollo de ciertas prácticas comerciales o investigativas. En ese orden de ideas no es suficiente con que exista incertidumbre sobre la ocurrencia del daño, a ello debe sumarse que el riesgo sea evaluado científicamente y no sea producto de simples conjeturas, para lo cual habrán de identificarse las posibles consecuencias negativas”⁶⁴.

Desde una óptica crítica de la forma en cómo se ha venido aplicando el principio de precaución, son interpretaciones que impiden su aplicación temprana pues el riesgo se puede mantener en el tiempo hasta tanto se evidencie el potencial grado de afectación del producto, actividad o tecnología en un estado de incertidumbre que, se acompañe de una caracterización sustentada en evidencias científicas. El problema, se presenta cuando esas evidencias no son suficientes, y el juez o funcionario decidan no aplicar el principio al considerar que podría resultar arbitrario y, por tanto, inhibir el desarrollo tecnológico y económico.

Como puede verse, ante la falta de una norma que regule cómo y en qué condiciones específicas debe invocarse el principio de precaución, su aplicación va a depender del criterio de quién interpreta el riesgo, así no tenga un conocimiento suficiente sobre el estado de la ciencia y de la técnica; ni tampoco tenga los elementos probatorios, los conceptos de expertos o los indicios suficientes para decidir si va a permitir que el riesgo continúe latente, ante el desconocimiento de su potencial grado de afectación.

En definitiva, el principio de precaución solo comprende los riesgos cuando se llega a un grado de incertidumbre validado científicamente, o lo que es lo mismo, llega a un grado de certeza razonable; mismo criterio que se aplica en el caso del principio de prevención. En ambos supuestos el riesgo podrá continuar latente siendo insuficiente el estándar precautorio previsto para estos casos.

Un ejemplo claro de lo anterior se dio con el uso de la talidomida en madres gestantes. Pese a que las autoridades regulatorias habían aprobado su uso, nunca se llegó a un suficiente grado de incertidumbre ni de certeza científica razonable, y por ende se continuó comercializando para tratar las náuseas propias del embarazo, entre otros síntomas; hasta que décadas después empezaran a aparecer casos de malformaciones de niños cuyas madres habían consumido este mediamente en el embarazo. En términos de Vineis (2005), se trató de un

63 CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA, SECCIÓN TERCERA, SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 2014.

64 CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA, SECCIÓN TERCERA, SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 2014.

limbo en tanto que la aplicación de un estándar precautorio del riesgo potencial de tener en circulación un producto, del cual se tenían sospechas, fue ya tardía, y los daños ocasionados fueron irreversibles.

De hecho, para este autor, el gran problema que tiene el principio de precaución en la práctica es que no se ha profundizado lo suficiente sobre la base científica del principio, aparte de la incertidumbre que suele caracterizar las decisiones de su aplicación, siempre tardía⁶⁵. Así, mientras que para Sunstein⁶⁶ es un principio inoperante mientras no se resuelvan problemas de fondo, como una inadecuada gestión del riesgo basada en miedos infundados o por el contrario acrecentados; para nosotros es un principio que ha carecido y carece aún de legitimidad institucional en Colombia, a falta de una norma que regule la forma en cómo debe invocarse y aplicarse⁶⁷.

Es este el escenario sobre el cual se erige la aplicación del principio de precaución reforzado, en el que se profundizó en el apartado anterior. La cuestión que conviene resolver en este punto es determinar las condiciones de su invocabilidad haciendo especial referencia a los riesgos potenciales al ambiente que traen consigo los OGM; ello, a falta de criterios uniformes sobre la forma y el momento en que debe aplicarse.

El principio de precaución reforzado no dista, en la práctica, del principio de precaución en su dimensión clásica. Se basa en dos premisas generales, de un lado, en la adopción de medidas anticipatorias del riesgo apropiadas a la respuesta de evidencia limitada, pero potencial respecto al daño probable; del otro, en la inversión de la carga probatoria, pues es la fuente emisora del riesgo quien deberá demostrar la ausencia de riesgo.

Entonces, es reforzado pues no va a depender del estándar de incertidumbre científica al que se debe llegar en el principio de precaución, y, además, le va a trasladar inmediatamente la carga probatoria a quien elabora y comercializa el producto, o desarrolla el proceso o la actividad –pudiendo ser incluso los *shareholders* que se benefician económicamente del producto, proceso o actividad–, so pena de mantener en firme la suspensión precautoria que se debería adoptar con la misma inmediatez.

Philippe Le Tourneau refiriéndose a la expresión a la necesidad de desarrollar una visión más amplia del principio de precaución, en relación con la citada sentencia de la Corte de Apelaciones de Versalles en el caso *Lapouge c/ Bouygues Télécom*, precisa que la fundamentación de este principio es la existencia de problemas anormales con una potencial afectación ambiental que, una vez caracterizados, no son suficientes para llegar al estándar de incertidumbre científica exigido.

65 VINEIS, 2005.

66 SUNSTEIN, 2008.

67 VARGAS-CHAVES, 2017.

“En efecto, porque mientras pueda existir eventualmente un miedo (parece infundado), no existe riesgo. La sentencia de la Corte de Apelaciones de Versalles del 04 de febrero de 2009 condenó a un operador para que quite su antena de enlace basado en un silogismo terrible: después de haber explicado largamente que ningún estudio científico demostró la existencia de un riesgo, incluso los pequeños, en la salud de las antenas de telefonía móvil, la sentencia indica que a la inversa «no existe elemento para excluir perentoriamente el impacto en la salud pública de la exposición a las personas » a su onda.”⁶⁸

Por lo demás, el principio de precaución reforzado es especial para los riesgos ambientales, que además de suponer justamente un tipo de riesgos especiales por el carácter que tiene el ambiente como un interés jurídico tutelado de orden superior; tienen por objetivo anticipar los daños irreversibles, o aquellos que no aparecen inmediatamente sino con el tiempo. Para Angelo, estos son los pilares de un nuevo derecho ambiental que se ocupa, entre otros temas, de abordar esos ‘nuevos riesgos’ que impactan negativamente en el ambiente y el ser humano, entre los que se encuentran el uso masivo de pesticidas o los mismos organismos modificados genéticamente.

Todo esto pone de relieve la invocabilidad del principio de precaución reforzado en el caso de los OGM, cuyos riesgos potenciales no sólo se ven en la integridad del ADN de especies animales, variedades vegetales o de otras macromoléculas; además, la exposición ambiental podría llegar a actuar como un factor de estrés al inducir hipermutabilidades como una respuesta adaptativa lógica⁶⁹.

Como se indicó en líneas anteriores, ello no implica desvirtuar el carácter disuasorio que tiene el régimen de responsabilidad civil o el Derecho del consumo como un derecho colectivo, que podrían evitar los daños ambientales de estos organismos por los riesgos en desarrollo. En cambio, lo que aquí se pretende es redimensionar el principio de precaución en pro de una protección reforzada al ambiente.

En efecto, los OGM en tanto se materializan en variedades vegetales o especies animales, que luego son utilizados en procesos agroindustriales, pecuarios, cosméticos o farmacéuticos, podrían ampararse por la exoneración de responsabilidad por los riesgos de desarrollo. Esto supone que el productor podría continuar elaborando y comercializando un producto, sobre el que se tienen dudas respecto a su seguridad, mientras se llega a un grado de incertidumbre científica requerido, y, sin importar si el daño ecológico puro o a la salud humana que ocasiona es irreversible.

Otro inconveniente que existe es el dimensionamiento incompleto de los riesgos de dichos organismos, en la medida en que podrían tener la condición de

68 LE TOURNEAU, 2016, p. 105.

69 PAOLETTI ET AL, 2008.

‘especies animales’, y, por lo tanto, únicamente se responsabilizaría a su poseedor por los daños causados, o, al productor, en el caso de los productos que los contienen una vez se puede validar el nexo de causalidad⁷⁰. En ambos casos, no se trata de un régimen de responsabilidad por daños ambientales propiamente, por lo que no se genera un factor disuasorio efectivo⁷¹.

En el derecho comparado, pese a que las regulaciones omiten los daños generados por los organismos genéticamente modificados como una responsabilidad ambiental, se pueden contar algunos casos que avanzan en esa dirección. Es el caso de la *Environmental Protection Act* del Reino Unido, que, desde la década de los noventa, identificó la necesidad de prevenir cualquier daño ecológico que fuera consecuencia de la liberación de estos organismos.⁷² Conviene no obstante insistir que esta norma es una excepción a la regla dominante en los regímenes de responsabilidad ambiental, conforme a los cuales los daños que pueden ocasionar los OGM no son asimilados como daños ecológicos puros.

El problema, como ya se indicó, es que en el ámbito ambiental existen daños irreversibles, por ejemplo, los desbalances permanentes a especies que son consecuencia de introducir un organismo modificado genéticamente no adaptado a un ecosistema por parte de un fitomejorador, quien podría ampararse en la exclusión de responsabilidad por riesgos de desarrollo, demostrando que no conocía los riesgos en el marco del estado de la ciencia y de la técnica.

Por ende, es necesario contemplar la posibilidad de excluir los daños ecológicos puros causados por estos organismos, dentro del régimen de responsabilidad por productos defectuosos; el cual contempla los riesgos de desarrollo como criterio de exoneración. Este sería en cambio un tratamiento más lógico para un daño ecológico impuro, al tener una dimensión individual y patrimonial, como ocurriría el caso de la introducción de mosquitos modificados genéticamente para el control de plagas, los cuales, en vez de producir un daño irreversible a un ecosistema o especie, terminen dañando un cultivo específico.

70 RUDA GONZÁLEZ, 2008.

71 Con todo, algunos países empezaron a avanzar en esta dirección a finales de la década del 2000, optado por un enfoque horizontal, consistente en regular los daños causados por estos organismos en régimen de responsabilidad ambiental. Al respecto, es importante señalar las diversas propuestas que para entonces se encontraban “formuladas en el Derecho austriaco (§ 1.a) AKT-E y § 1.2.2 UmwHG-E/94) por influencia de la Convención de Lugano, así como otra propuesta en el Derecho alemán (§ 174 UGB-KomE) y el Anteproyecto español (§ 6.9 del Anexo). Como se ha visto, dicha Convención prevé una norma de responsabilidad por actividades peligrosas entre las que incluye las relativas a microorganismos y OGM (art. 6 y art. 2.b) CL).” RUDA GONZÁLEZ, 2008, p. 279.

72 Así, para esta norma, el daño al medio ambiente se valida con la simple presencia de un organismo modificado genéticamente, producto de su liberación en el ambiente, sin que la persona pueda ya mantener el control, y en tanto ocasione un perjuicio a uno o varios organismos vivos. UNITED KINGDOM OF GREAT BRITAIN AND NORTHERN IRELAND, ENVIRONMENTAL PROTECTION ACT, 1990.

Estrictamente hablando, en la exoneración por riesgos del desarrollo lo importante no es que el riesgo se haya conocido o no, sino que no se hubiera podido conocer⁷³. Por tal motivo, resulta suficiente que los conocimientos dentro del estado de la ciencia y de la técnica existiesen, sino que además estos se encuentren disponibles, por lo menos, públicamente para la comunidad científica. Esto le da un margen muy amplio a quien introduce OGM al ambiente y genera un daño ecológico puro, para ampararse en el desconocimiento o en la disponibilidad de ese conocimiento técnica y científico y así, abstraerse de la indemnización que correspondería.

Como se ha venido sosteniendo, los riesgos de desarrollo antes que ser un factor de disuasión, son un criterio que pueden tomar a favor la fuente emisora del riesgo ambiental, ocasionando el efecto contrario que persigue el ordenamiento, que es el de evitar el daño ambiental. A esto, cabe sumar que, aunque el criterio de exoneración de responsabilidad debería incentivar la investigación y el desarrollo para anticiparse al daño, en la práctica se daría un efecto contrario, pues, en términos de rentabilidad, les resultará más favorable apoyarse en un experto jurídico para demostrar que se dan las condiciones de exoneración, y no con un equipo de trabajo especializado, con los recursos técnicos y la infraestructura para anticiparse realmente al daño.

De hecho, en el caso colombiano, el régimen de responsabilidad por productos defectuosos concibe una causal de exoneración por ausencia de culpa⁷⁴, siendo esto “un régimen subjetivo de responsabilidad; con presunción de culpa y con una limitación probatoria en cuanto a la ausencia de culpa -sólo se admite mediante prueba del riesgo de desarrollo-, pero subjetivo, al fin de cuentas”⁷⁵. Así, con este régimen de responsabilidad se evitan largas y costosas controversias, pero no, se anticipa realmente el riesgo con la debida diligencia esperada.

Todo lo anterior, nos sitúa en un escenario que debería considerarse en un futuro para regular los riesgos ambientales que podrían causar dichos organismos. Esta responsabilidad debería contemplar el principio de precaución reforzado como ‘primera línea de defensa’, en tanto que, desde un primer momento, la autoridad regulatoria o el juez, podría trasladarle la carga de la probatoria inmediatamente a la fuente emisora, una vez se tenga el mínimo indicio de un potencial de afectación.

De esta manera, más allá de demostrar su ausencia de culpa en un proceso de responsabilidad, cuando el daño ambiental ya se haya ocasionado o sea irreversible, el productor deberá poner en marcha todas las medidas anticipatorias del riesgo, contratando expertos en la materia, invirtiendo en recursos e

73 SALVADOR CODERCH; SOLÉ FELIU, 1999.

74 CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. LEY 1480 DE 2011, art. 22.

75 MANTILLA ESPINOSA; TERNERA BARRIOS, 2014, p. 58.

infraestructura, e informándose de forma diligente, en el marco del estado de la ciencia y de la técnica, si existe o no un riesgo potencial de daño ecológico puro.

CONCLUSIONES

El carácter de los riesgos del desarrollo es la imprevisibilidad por defecto, por ello el estándar de incertidumbre que se maneja, le permite al productor exonerarse de la responsabilidad siempre y cuando demuestre que no conocía los riesgos en el momento en que se elaboraba o comercializaba el producto, o se llevaba a cabo la actividad. Con todo, en ámbito ambiental este es un supuesto poco realista, pues, por una parte, el ambiente goza de un estatus como interés jurídico tutelado superior, y por la otra, los daños ecológicos puros pueden llegar a ser irreversibles.

Además, la responsabilidad por riesgos del desarrollo puede tener un efecto contrario al esperado en el ámbito ambiental, pues los recursos que deberían destinarse en investigación y desarrollo para anticiparse al daño podrían ahorrarse y, en su lugar, se destinaría una parte de estos a contratar abogados que evidenciaran la ausencia del nexo de causalidad en tanto no se conocían los riesgos en el marco del estado de la ciencia y de la técnica. Al final, gestionar eficazmente el riesgo ambiental no parece ser un objetivo realista, pues lo que se discutiría al final es cuánto riesgo se está dispuesto a asumir.

Con ello no se pretende desvirtuar el rol que tiene el criterio de exoneración de responsabilidad por riesgos de desarrollo en el ámbito del Derecho del consumo o de la responsabilidad civil; en cambio, lo que se persigue es no contemplar, como primera instancia, este régimen para los daños ecológicos puros; máxime si el principio de precaución reforzado puede trasladarle la carga probatoria a la fuente emisora del riesgo, quien deberá actuar diligentemente una vez se tenga el primer indicio del potencial de afectación.

Un daño ecológico puro, como el que potencialmente pueden ocasionar los organismos genéticamente modificados, se caracteriza como toda afectación ambiental que es consecuencia de una acción u omisión, y con un potencial carácter de irreversibilidad; a diferencia del daño ecológico impuro, que se extiende a los perjuicios derivados de una lesión ambiental reparable, y que afectan patrimonialmente a un particular de forma concreta. La esencia de la responsabilidad ambiental es reparar estos daños de naturaleza individual, mientras que en el caso de los regímenes especiales –como ocurre con los daños ecológicos puros– es, principalmente, disuadir y evitar que los riesgos se materialicen en daños de carácter irreversible.

Exonerar a los responsables de daños ambientales de naturaleza ‘ecológica pura’ por introducir los OGM y, en tal sentido, hacer que sea el ambiente el que soporte los riesgos de desarrollo, es un escenario que va en contravía al estatus que la Constitución Política de 1991 le asignó al ambiente. Por ello,

es necesario que quienes lo introducen tengan toda la carga probatoria desde un inicio, y, además, que en todo momento actúen con la debida diligencia; especialmente cuando se tengan indicios preliminares de la posible interacción negativa de estos organismos con el ambiente.

Y es que, cuando se introducen OGM a un ecosistema no adaptado, los daños que se puede dar son irreversibles por los desbalances permanentes con las especies animales o variedades vegetales que allí existen. Este daño ecológico puro, no debería en ninguna circunstancia permitirle al productor del organismo introducido, ampararse el criterio de exclusión de responsabilidad por riesgos de desarrollo; además de exigirle a las autoridades regulatorias o al juez encargado, aplicar el principio de precaución reforzado, suspendiendo precautoriamente el producto o actividad, hasta tanto no se tenga plena certeza de su seguridad.

Así, el principio de precaución reforzado es preferible desde la óptica de protección ambiental, pues llevaría al productor hasta sus límites en la debida diligencia dentro el marco del estado de la ciencia y de la técnica, y en la obtención de información sobre los reales riesgos del organismo introducido. Es, en términos de política ambiental, una decisión que se ajusta al carácter imprevisible que tienen los riesgos en este ámbito, y en las evitar las dificultades, o la imposibilidad, de resarcir los daños ecológicos puros que ocasionan los OGM.

REFERENCIAS

AKSNES, Dag W.; SIVERTSEN, Gunnar. A criteria-based assessment of the coverage of

Scopus and Web of Science. *Journal of Data and Information Science*, vol. 4, n.º 1, págs. 1

21, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.2478/jdis-2019-0001>. Consultado el: 22/01/2026.

AMAYA NAVAS, Óscar Darío. La constitución ecológica de Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.

AMERICAN ACADEMY OF ENVIRONMENTAL MEDICINE. Position on Genetically Modified Foods. 2019. Disponible en: <http://www.aaemonline.org/gmopost.html>. Consultado el: 25/01/2026.

ANGELO, Mary Jane. Embracing uncertainty, complexity, and change: an eco-pragmatic reinvention of a first-generation environmental law. *Ecology Law Quarterly*, vol. 33, págs. 105-202, 2006. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.788504>. Consultado el: 28/01/2026.

BECK, Ulrich. *Risk society: towards a new modernity*. London: Sage Publications, 1992.

BORGHETTI, Jean-Sébastien. La responsabilité du fait des produits: Etude de droit comparé. París: LGDJ, 2004.

BOUTONNET, Mathilde. Le risque, condition «de droit» de la responsabilité civile, au nom du principe de précaution?. Recueil Dalloz, págs. 819-820, 2009. Disponible en: <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00371698/>. Consultado el: 02/02/2026.

BUSTO LAGO, José Manuel. La responsabilidad civil de las administraciones públicas. En: BUSTO LAGO, José Manuel; REGLERO CAMPOS, Luis Fernando (eds.). Tratado de responsabilidad civil. Tomo II. Madrid: Thomson Aranzadi, págs. 1938-2140, 2014.

CHOI, Yoon-Jung et al. Cellular phone use and risk of tumors: Systematic review and meta-analysis. International Journal of Environmental Research and Public Health, vol. 17, n.º 21, pág. 8079, 2020. Disponible en: <https://doi.org/10.3390/ijerph17218079>. Consultado el: 20/01/2026.

DEFUR, Peter L.; KASZUBA, Michelle. Implementing the precautionary principle. Science of the Total Environment, vol. 288, n.º 1-2, págs. 155-165, 2002. Disponible en: [https://doi.org/10.1016/S0048-9697\(01\)01107-X](https://doi.org/10.1016/S0048-9697(01)01107-X). Consultado el: 05/02/2026.

DOMINGO ROIG, José; GÓMEZ ARNÁIZ, Mercedes. Riesgos sobre la salud de los alimentos modificados genéticamente: una revisión bibliográfica. Revista Española de Salud Pública, vol. 74, n.º 3, págs. 255-261, 2000. Disponible en: <https://doi.org/10.1590/S1135-57272000000300003>. Consultado el: 24/01/2026.

DONA, Artemis; ARVANITOYANNIS, Ioannis. Health risks of genetically modified foods. Critical Reviews in Food Science and Nutrition, vol. 49, n.º 2, págs. 164-175, 2009. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/10408390701855993>. Consultado el: 07/02/2026.

FIGUERAS, Antonio; NOVOA, Beatriz. Biotecnología marina y acuicultura. Arbor, vol. 190, n.º 768, pág. a153, 2014. Disponible en: <https://doi.org/10.3989/arbor.2014.768n4007>. Consultado el: 28/01/2026.

FRANK, John William. Electromagnetic fields, 5G and health: ¿What about the precautionary principle?. Journal of Epidemiology and Community Health, vol. 75, n.º 6, págs. 562-566, 2021. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1136/jech-2019-213595>. Consultado el: 02/02/2026.

GÉNY, François. Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo. Santiago: Ediciones Olejnik, 2023.

GOLDSTEIN, Bernard. The precautionary principle also applies to public health actions. American Journal of Public Health, vol. 91, n.º 9, págs. 1358-

1361, 2001. Disponible en: <https://doi.org/10.2105/AJPH.91.9.1358>. Consultado el: 20/01/2026.

GÓMEZ-REY, Andrés; VARGAS-CHAVES, Iván; IBÁÑEZ-ELAM, Adolfo. El caso de la naturaleza: los derechos sobre la mesa ¿decálogo o herramienta?. En: ESTUPIÑAN-ACHURY, Liliana; STORINI, Claudia; MARTÍNEZ-DALMAU, Rubén; DANTA, Fernando (Eds.). La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático. Bogotá: Universidad Libre de Colombia, págs. 423-443, 2019.

GUDYNAS, Eduardo. Ciudadanía ambiental y meta-ciudadanías ecológicas: revisión y alternativas en América Latina. *Desenvolvimento e Meio Ambiente*, n.º 19, págs. 53-72, 2009. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.5380/dma.v19i0.13954>. Consultado el: 22/01/2026.

HARDELL, Lennart; SAGE, Cindy. Biological effects from electromagnetic field exposure and public exposure standards. *Biomedicine & Pharmacotherapy*, vol. 62, n.º 2, págs. 104-109, 2008. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.biopha.2007.12.004>. Consultado el: 24/01/2026.

HAURIOU, Maurice. Principios de Derecho público y constitucional. Barcelona: Reus, 1927.

HUERTA GUERRERO, Luis. Constitucionalización del derecho ambiental. *Derecho PUCP*, n.º 71, págs. 477-502, 2013. Disponible en: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201302.017>. Consultado el: 05/02/2026.

KELSEN, Hans. Teoría general del derecho y del Estado. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1988.

LACHMANN, Peter. The penumbra of thalidomide, the litigation culture and the licensing of pharmaceuticals. *QJM: An International Journal of Medicine*, vol. 105, n.º 12, págs. 1179-1189, 2012. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/qjmed/hcs148>. Consultado el: 28/01/2026.

LE TOURNEAU, Philippe. Evolución de la responsabilidad civil ¿De la prevención a la precaución?. *Revista Iberoamericana de Derecho Privado*, n.º 4, IJ-CCLI-788, 2016.

LÓPEZ CASAL, Yuri. Los riesgos de desarrollo en el contexto de la responsabilidad civil por productos defectuosos. *Revista de Ciencias Jurídicas*, n.º 158, págs. 1-27, 2022. Disponible en: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/51362>. Consultado el: 07/02/2026.

MANTILLA, Fabricio; TERNERA, Francisco. El riesgo de desarrollo en la responsabilidad por productos del derecho colombiano. *Ius et Praxis*, vol. 20, n.º 1, págs. 39-66, 2014. Disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-00122014000100003>. Consultado el: 20/01/2026.

MYUNG, Seung-Kwon et al. Mobile phone use and risk of tumors: a meta-analysis. *Journal of Clinical Oncology*, vol. 27, n.º 33, pág. 5565, 2009. Disponible en: <https://doi.org/10.1200/jco.2008.21.6366>. Consultado el: 02/02/2026.

NARANJO MEZA, Vladimiro. Teoría constitucional e instituciones políticas. Bogotá: Editorial Temis, 2010.

OLANO-GARCÍA, Hernán. Constitucionalismo histórico: la historia de Colombia a través de sus constituciones y reformas. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2007.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. International Agency for Research on Cancer – IARC classifies radiofrequency electromagnetic fields as possibly carcinogenic to humans. Press Release 208. Lyon: IARC, 31 may. 2011.

PAOLETTI, Claudia et al. GMO risk assessment around the world: some examples. *Trends in Food Science & Technology*, vol. 19, págs. S70-S78, 2008. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.tifs.2008.07.007>. Consultado el: 24/01/2026.

QIN, Chuanshen. Blame avoidance of street-level bureaucrats in 5G NIMBY crisis decision making: Evidence from a list experiment. *International Journal of Disaster Risk Reduction*, vol. 76, pág. 103033, 2022. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.ijdrr.2022.103033>. Consultado el: 05/02/2026.

RAMÍREZ, René. Socialismo del sumak kawsay o biosocialismo republicano. En: SECRETARÍA NACIONAL DE PLANIFICACIÓN Y DESARROLLO (Ed.). Los nuevos retos de América Latina: Socialismo y sumak kawsay. Quito: Quito Digital Center, págs. 55-74, 2010.

REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE. Consumer Protection Act. 1982.

REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE. Environmental Protection Act. 1990.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 1968 de 2019: por el cual se prohíbe el uso de asbesto en el territorio nacional y se establecen garantías de protección a la salud de los colombianos.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 20 de febrero de 2014. Radicado: 41001-23-31-000-2000-02956-01(29028).

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 20 de octubre de 2010. Radicado: 52001233100019980009702 (32618).

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Constitución Política de Colombia. 1991.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Auto 073 de 2014.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-1077 de 2012.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-411 de 1992.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 30 de abril de 2009. Expediente 25899 3193 992 1999 00629 01.

REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA. Tribunal Federal de Justicia de Alemania. Sentencia BGH 26.11.1968 (VI ZR 212/66), BGHZ 51, 91. 1968.

REPÚBLICA FRANCESA. Cour d'Appel de Versailles. Sentencia de 4 de febrero de 2009. RG 08/08775, Lapouge c/Bouygues Télécom.

REYES GARCÉS, Henry. Los daños ecológicos puros y la tragedia de los comunes: ¿existe una respuesta desde la justicia correctiva?. Revista Academia & Derecho, vol. 5, n.º 9, págs. 51-82, 2014. Disponible en: <https://doi.org/10.18041/2215-8944/academia.9.376>. Consultado el: 02/02/2026.

RIECHMANN, Jorge; TICKNER, Joel. El principio de precaución. En: En medio ambiente y salud pública: de las definiciones a la práctica. Barcelona: Editorial Icaria, 2002.

RODRÍGUEZ, Gloria Amparo; VARGAS-CHAVES, Iván. Avances del derecho constitucional ambiental colombiano: una mirada desde la interpretación jurisprudencial. En: PEÑA CHACÓN, M. (Ed.). Derecho ambiental del Siglo XXI. San José de Costa Rica: Editorial Isolma, págs. 213-244, 2019.

RUDA GONZÁLEZ, Albert. El daño ecológico puro: La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente, con especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental. Madrid: Thomson Aranzadi, 2008.

SALVADOR CODERCH, Pablo; SOLÉ FELIU, Josep. Brujos y aprendices: Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto. Madrid: Marcial Pons, 1999.

SANZ BAYÓN, Pablo. Sobre la tónica jurídica en Viehweg. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, n.º 16, págs. 83-108, 2013. Disponible en: <http://www.rtfed.es/numero16/02-16.pdf>. Consultado el: 28/01/2026.

SPENDELER, Liliane. Organismos modificados genéticamente: una nueva amenaza para la seguridad alimentaria. Revista Española de Salud Pública, vol. 79, págs. 271-282, 2005. Disponible en: <https://www.scielosp.org/article/resp/2005.v79n2/271-282/>. Consultado el: 25/01/2026.

SUNDSTRÖM, Fredrik; LÖHMUS, Mare; JOHNSON, Jörgen; DEVLIN, Robert. Growth hormone transgenic salmon pay for growth potential with increased predation mortality. *Proceedings of the Royal Society of London. Series B: Biological Sciences*, vol. 271, n.º suppl_5, págs. S350-S352, 2004. Disponible en: <https://doi.org/10.1098/rsbl.2004.0189>. Consultado el: 07/02/2026.

SUNSTEIN, Cass. *Laws of fear: beyond the precautionary principle*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

UNIÓN EUROPEA. Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

UNIÓN EUROPEA. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 29 de mayo de 1997, asunto C-300/95, Comisión v. Reino Unido.

VARGAS-CHAVES, Iván. Una crítica al principio de precaución desde las tensiones sobre su legitimidad y vinculatoriedad. En: VARGAS-CHAVES, Iván; RODRÍGUEZ, Gloria Amparo (Eds.). *Principio de precaución: desafíos y escenarios de debate*. Bogotá: Editorial Temis / Editorial Universidad del Rosario, págs. 36-67, 2017.

VARGAS-CHAVES, Iván; GRANJA-ARCE, Hugo. De la arbitrariedad precautoria a la incertidumbre generada por los organismos genéticamente modificados. En: RODRÍGUEZ, Gloria Amparo (Ed.). *Justicia ambiental en Colombia: Una mirada desde el acceso a la información y a la participación*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, págs. 241-265, 2018.

VARGAS-CHAVES, Iván; IBÁÑEZ-ELAM, Adolfo; GÓMEZ-REY, Andrés. El principio de precaución: de norma crepuscular a criterio jurídico vinculante. *Revista Guillermo de Ockham*, vol. 18, n.º 1, págs. 53-65, 2020. Disponible en: <https://doi.org/10.21500/22563202.4377>. Consultado el: 22/01/2026.

VINEIS, Paolo. Scientific basis for the precautionary principle. *Toxicology and Applied Pharmacology*, vol. 207, n.º 2, págs. 658-662, 2005. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.taap.2004.11.033>. Consultado el: 25/01/2026.

WU, Junwen. Improving the writing of research papers: IMRAD and beyond. *Landscape Ecology*, vol. 26, n.º 10, págs. 1345-1349, 2011. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s10980-011-9674-3>. Consultado el: 24/01/2026.

ZHU, Junwen; LIU, Weishu. A tale of two databases: the use of Web of Science and Scopus in academic papers. *Scientometrics*, vol. 123, n.º 1, págs. 321-333, 2020. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s11192-020-03387-8>. Consultado el: 20/01/2026.

UMA TERCEIRA VIA ENTRE OBJETIVISMO E SUBJETIVISMO: A “HERMENÊUTICA DA FUNÇÃO” COMO DIMENSÃO PRAGMÁTICO-NORMATIVA DO DIREITO

A THIRD WAY BETWEEN OBJECTIVISM AND SUBJECTIVISM: “FUNCTION HERMENEUTICS” AS A NORMATIVE-PRAGMATIC DIMENSION OF LAW

LENIO LUIZ STRECK¹

VICTOR BIANCHINI REBELO²

RESUMO

O artigo problematiza a classificação tradicional das escolas jurídicas segundo o dualismo objetivismo/subjetivismo, especialmente a tese segundo a qual o positivismo analítico seria objetivista e o realismo jurídico norte-americano, subjetivista. A partir de uma reconstrução histórico-filosófica dos paradigmas que orientam a teoria do direito, o texto demonstra que essa dicotomia é instável e frequentemente atravessada por “cruzamentos fundacionais”, nos quais elementos da filosofia da consciência e do objetivismo clássico se combinam de modo paradoxal. Mostra-se que o positivismo, longe de sustentar uma objetividade forte, admite discricionariedade e fragmentação interpretativa; por outro lado, o realismo não se reduz a voluntarismo judicial, conservando vínculos com uma busca por valores comunitários e por certa inteligibilidade intersubjetiva da prática jurídica. Como alternativa ao impasse, propõe-se a “hermenêutica da função”, inspirada no pragmatismo normativo e no inferencialismo de Brandom e na “moralidade que torna o direito possível” de Fuller. Nessa perspectiva, o conteúdo do direito não deriva de um dado essencial prévio nem da vontade subjetiva do intérprete, mas das articulações

ABSTRACT

This paper questions the traditional classification of legal schools according to the objectivism/subjectivism dualism, especially the thesis that analytical positivism is objectivist and American legal realism is subjectivist. Based on a historical and philosophical reconstruction of the paradigms that guide jurisprudence, the text demonstrates that this dichotomy is unstable and often crossed by “foundational intersections,” in which elements of the philosophy of consciousness and classical objectivism combine in a paradoxical way. It shows that positivism, far from sustaining “strong” methodological objectivity by its conceptual intentionality, admits discretion and interpretive fragmentation; on the other hand, realism is not reduced to judicial voluntarism, retaining links with a search for community values and a certain intersubjective intelligibility of legal practice.

As an alternative to the impasse, “function hermeneutics” is proposed, inspired by Robert Brandom’s normative pragmatism and inferentialism alongside Fuller’s “morality that makes law possible”. From this perspective, the content of law does not derive from

- 1 Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Professor titular do Programa de PósGraduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UNISINOS. Professor permanente da UNESA-RJ, de ROMA-TRE (Scuola Dottorale Tulio Scarelli), da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – FDUC (Acordo Internacional Capes-Grices) e da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Email: lenio@professorstreck.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8267-7514>.
- 2 Mestre summa cum laude e doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), como bolsista Proex/Capes. E-mail: RebeloVictor@edu.unisinis.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1455-8307>.

inferenciais e dos compromissos assumidos no interior de práticas discursivas normativamente estruturadas. A objetividade jurídica é compreendida como exigência funcional e intersubjetiva própria do direito enquanto prática social racionalmente organizada. Ao deslocar o foco do fundamento metafísico para a função normativa das práticas, o artigo sustenta uma terceira via capaz de superar o dualismo entre objetivismo e subjetivismo e de oferecer uma nova chave de leitura para a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD).

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica da função. Brandom. Fuller. Teoria do direito.

a prior essential datum or from the subjective will of the interpreter, but from inferential articulations and commitments made within normatively structured discursive practices. Legal objectivity is understood as a functional and intersubjective requirement of law as a rationally organized social practice. By shifting the focus from the metaphysical foundation to the normative function of practices, the article argues for a third way capable of overcoming the dualism between objectivism and subjectivism and offering a new reading key for the Hermeneutic Critique of Law (CHD).

KEYWORDS: Function hermeneutics. Brandom. Fuller. Jurisprudence.

1. INTRODUÇÃO

Por muito tempo a dogmática jurídica e a teoria do direito restaram presas entre dois paradigmas filosóficos que, em tese, parecem conflitantes: o objetivismo e o subjetivismo. Também por muito tempo intérpretes relacionaram escolas teóricas a ambos os paradigmas de forma mais ou menos parecida. Em geral, escolas teóricas como o jusnaturalismo, a escola da exegese, o positivismo normativista, a jurisprudência analítica e a jurisprudência dos conceitos são tidas como partidárias do objetivismo, enquanto o movimento do direito livre, o realismo jurídico e a jurisprudência dos interesses representam posturas subjetivistas.

Busca-se, neste artigo, questionar essa categorização, especialmente no que diz respeito à caracterização da jurisprudência analítica como sendo objetivista e o realismo jurídico como sendo subjetivista. Em uma primeira parte, questiona-se o rótulo de objetivista dado à proposição teórica da teoria positivista analítica do direito, demonstrando que sua crença no chamado “quadro básico” (*basic picture*) descrito por Dan Priel — uma versão mais abrangente do “quadro padrão” (*standard picture*) proposto Mark Greenberg — obriga o positivismo pós-hartiano a adotar uma postura fatalmente subjetivista,³ enquanto o realismo jurídico, comumente visto como subjetivista, pode ser visto como objetivista caso seja interpretado a partir do que os realistas de fato disseram, e não como foram (mal) interpretados por autores contemporâneos.⁴

3 GREENBERG, Mark. The Standard Picture and Its Discontents, *in*: LEITER, Brian; GREEN, Leslie (Eds.) Oxford Studies in Philosophy of Law, Oxford: [s.n.], 2011, v. 1, p. 39–106; PRIEL, Dan, Making Sense of Nonsense Jurisprudence, Osgoode Hall Law School Legal Studies Research Paper Series, 2020, p. 5, n. 10.

4 Por todas as críticas, *cf.* PRIEL, Dan, The Political Theories of the Legal Realists, 2025. (Manuscript not published). Disponível em <https://ssrn.com/abstract=5455254>. Acesso em: 18 fev. 2026; PRIEL, Dan, The Myth of Legal Realist Skepticism, Osgoode Hall Law School Le-

Em um segundo momento, após rechaçar ambos os paradigmas — mesmo com as adequadas indicações dos realistas como objetivistas e dos partidários do “quadro básico” como “subjetivistas” —, defende-se o que se denomina de uma terceira postura entre subjetivismo e objetivismo, a “hermenêutica da função”, a qual adequa a ideia de dois autores supostamente distantes no plano teórico, o jurista Lon L. Fuller e o filósofo Robert B. Brandom. As teorias de ambos, afigura-se, podem ser conciliadas em uma dimensão pragmático-hermenêutica-normativa do direito, a fim de aliar uma teoria semântica que dê conta da ruptura paradigmática da linguagem na filosofia (Brandom) e uma visão pragmática no sentido amplo sobre a criação democrática do direito (Fuller) com fins de reorientar o enquadramento paradigmático na filosofia do direito em consonância com a Crítica Hermenêutica do Direito.⁵

Para tanto, divide-se o texto em seis partes: após esta introdução, na segunda, introduz-se o conceito de paradigmas filosóficos e como eles se relacionam com a teoria do direito; na terceira parte aborda-se o tema do objetivismo e do subjetivismo no âmbito hermenêutico de aplicação do direito e o problema dos cruzamentos fundacionais; na quarta parte realiza-se uma intervenção no debate sobre como o realismo jurídico e o positivismo analítico pós-hartiano são considerados, de maneira equivocada, como teorias que se apoiam, respectivamente, nos paradigmas subjetivista e objetivista — e sustenta-se que o correto seria o contrário; e na quinta discorre-se sobre como a articulação entre a teoria semântico-pragmática de Brandom com os oito desiderata de Fuller pode proporcionar uma dimensão pragmático-normativa que permita romper com o dualismo objetivista e subjetivista o qual a relação entre positivismo e realismo jurídico parece estar presa. Na sexta parte, conclui-se com um breve resumo do que foi discutido.

gal Studies Research Paper Series, 2022. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4142277>. Acesso em: 18 fev. 2026.

- 5 A Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), matriz teórica desenvolvida pelo primeiro coautor e consolidada como uma das primeiras teorias jurídicas originalmente brasileira, está fundamentada em uma releitura de um tripé epistêmico composto pela pragmática normativa de Wittgenstein, a filosofia hermenêutica e hermenêutica filosófica de Heidegger e Gadamer, respectivamente e a ideia de direito como integridade de Dworkin. A CHD, dentro da chave de leitura que pretendemos apresentar aqui, pretende ser uma teoria pragmática em sentido amplo, isto é, oferecer duas dimensões pragmáticas do fenômeno jurídico: uma epistêmica, abandonando a procura incessante e desinteressada por uma resposta à questão conceitual e analítica sobre “o que é o direito?” para uma resposta hermenêutica e normativamente engajada para responder a questão “o que é isto — o direito?”; e uma dimensão pragmática-normativa que busca na adjudicação uma teoria da decisão para que sejam construídas respostas adequadas ao ordenamento jurídico e ao texto constitucional. Tal dimensão tem na legitimidade constitucional do direito e da jurisdição seu argumento central.

2. O QUE SÃO PARADIGMAS FILOSÓFICOS?

As posições teóricas que assumimos refletem, muitas vezes, apenas a superfície de um processo compreensivo muito mais complexo. Na verdade, em inúmeros casos, elas acabam por espelhar um conjunto de elementos que conformam o *modo* de se organizar o pensamento e de determinação do processo de conhecimento que rege uma determinada época. Essa dimensão profunda, organizadora de nossa racionalidade, não pode ser acessada através dos instrumentos teóricos desenvolvidos por uma ciência qualquer.⁶ Essa dimensão é filosófica. Para termos acesso a ela, necessitamos nos envolver em um processo catártico, de *des-construção* da história da filosofia. Um processo no qual, desde Heidegger,⁷ há um envolvimento intrínseco em face da facticidade.

Assim, no caso do direito, por exemplo, é muito comum encontrarmos teorias que apresentam determinados postulados epistemológicos que, se olhados mais de perto, representam apenas a consequência da projeção desse modo de organização — filosófica — do pensamento predominante no interior daquele tempo histórico. Esse fator ordenador, que condiciona o enquadramento do conhecimento em uma determinada época, denomina-se, com Ernildo Stein,⁸ de *paradigmas filosóficos*.

Na formulação do filósofo brasileiro, esses paradigmas filosóficos funcionam como “princípios organizadores” que exercem uma função no conhecimento científico. Para ele, esse elemento organizador “pode ser considerado como um vetor da racionalidade científica, isto é, como um princípio com o qual se pode examinar aquilo que é implicitamente carregado pelo discurso científico”⁹. Nesse sentido, a noção de paradigma filosófico funciona como um transcendental não clássico, ou seja, não ligado às amarras da subjetividade.

6 Esse debate também já se deu na filosofia de tradição analítica. Cf. SEARLE, John R., *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*, Oxford: Oxford University Press, 2011. No entanto, a separação entre a filosofia analítica e continental é contestada e sua melhor explicação pode ser encontrada em Friedman A Parting of the Ways: Carnap, Cassirer, and Heidegger, Chicago: Open Court, 2000.

7 Cf. HEIDEGGER, Martin, *Being and Time*, Malden, MA.: Blackwell Publishing, 2007. Tal processo de “des-construção” da história da filosofia guarda relação com o tensionamento entre as abordagens apropriacionistas (interpretação *de re*) e contextualistas (interpretação *de dicto*) da história. Eu discuto tais temas em REBELO, Victor Bianchini, *A pena é uma poderosa espada: O contextualismo linguístico de Quentin Skinner e a questão do método na historiografia (jurídica)*, São Paulo, SP: Editora Juspodivm, 2024.. Cf. também FERREIRA, Gabriel, *A defense of an inferentialist historiography of philosophy: commitments, incompatibilities, and entitlements*, *Trans/Form/Ação*, v. 47, n. 3, p. e0240060, 2024.

8 STEIN, Ernildo, *Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma*, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2022, p. 127. Na filosofia analítica o conceito de paradigma pode ser “traduzido”, mais genericamente, como “tradição”. Acredito que o termo proposto por Stein é mais preciso.

9 *Ibid.*

Exerce ele uma função de fundamentação, no sentido de ser um elemento organizador, estruturante e abrangente.

Essa investigação, por exemplo, funciona a partir do paradigma da fenomenologia hermenêutica e da hermenêutica filosófica.¹⁰ A partir desse eixo fundamental, opera-se o trabalho de desconstrução e de reconstrução do pensamento jurídico, mormente aquele ligado ao elemento interpretativo que reveste a experiência jurídica.

Nesse processo desconstrutivo/construtivo é possível observar a ocorrência de posturas científicas/interpretativas no direito que professavam outros paradigmas filosóficos. No caso, podemos mencionar dois grandes paradigmas filosóficos:

a) o da *filosofia clássica*, também nomeado como realismo filosófico, em que o fator organizacional de toda a racionalidade gira em torno dos “objetos” ou daquilo que é “dado” ao conhecimento [daí que Sellars e seus seguidores passarão a nomear uma tal postura como “mito do dado”¹¹]. Nesse aspecto, o tipo de atividade interpretativa que terá lugar no contexto desse paradigma será *objetivista*, porque presa ao objeto conhecido, ou, ainda, objeto cognoscível; b) o da *filosofia da consciência*, que coloca como fator de organização, que se antecipa em todo processo de conhecimento, a subjetividade que conhece as coisas. Nesse âmbito, o conhecimento não é “dado”. Aqui, o conhecimento é “construído” por um sujeito que emprega um método específico de análise e passa a estabelecer os sentidos.

Entre os principais filósofos que representam o paradigma da consciência, entre eles Descartes, Kant, Fichte e Hegel, mais do que os antecessores é Nietzsche que representa uma fase na história da filosofia em que a subjetividade tem seu fundamento baseado na *vontade*. Se, desde Platão, vigiam no pensar filosófico valores como a razão, virtude, compaixão e justiça, Nietzsche afirma que estes valores aprisionam o homem, que deve se dirigir a um estado superior de consciência.¹² Seguindo na história epocal do ser, no final da metafísica, o ser se manifesta como *vontade de poder*. A passagem de Descartes a Nietzsche é, justamente, a da transição entre razão e vontade. Como enumera Heidegger, se em Descartes o sujeito é uma *egocidade representadora*, o ente onde se manifestam os objetos, em Nietzsche o homem é sujeito no sentido de seus impulsos e desejos¹³.

10 GADAMER, Hans-Georg; WEINSHEIMER, Joel; MARSHALL, Donald G., *Truth and Method*, First paperback edition, translation revised by Joel Weinsheimer and Donald G. Marshall. London: Bloomsbury, 2013.

11 SELLARS, Wilfrid, *Empiricism and the Philosophy of Mind*, 4. edn. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2003, p. 33.

12 NIETZSCHE, Friedrich; DEL CARO, Adrian, *Thus spoke zarathustra: a book for all and none*, Reprint with corrections. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2012.

13 HEIDEGGER, Martin, Nietzsche. 1/2: The will to power as art. The eternal recurrence of the

Eis a grande distinção entre a filosofia da consciência em sentido estrito e a sua vulgata voluntarista que virá a ser patrocinada pelos partidários do “quadro básico”, do qual falaremos nas próximas seções. De Descartes a Hegel e Kierkegaard, a subjetividade é entendida como um ponto onde aparecem os outros entes com os quais entramos em contato. Isso não significa afirmar, de todo modo, que a subjetividade, antes de Nietzsche, não seja relativista. Em *Introdução à Filosofia*, Heidegger vai dizer que “[s]e a verdade pertence ao sujeito enquanto sujeito e apenas a ele, ou seja, se de acordo com sua própria essência a verdade reside no sujeito, então ela é necessariamente algo ‘subjetivo’”, enquanto não houver algo que mantenha uma certa intersubjetividade.¹⁴ Mas é somente com Nietzsche que a *vontade* se torna fundamento, e essa vontade não tem fundamento se não ela mesma, culminando no absoluto relativismo. Daí que, nesse contexto, teremos um tipo de interpretação que podemos nomear como *subjetivista*.

Em resumo: tendo em conta os paradigmas filosóficos que dirigem a interpretação, é possível dizer que *objetivista* é a postura hermenêutico-interpretativa que organiza o seu processo de determinação do sentido a partir de um aprisionamento do sujeito que conhece ao objeto que é conhecido; ao passo que *subjetivista* é a postura hermenêutico-interpretativa que espelha o paradigma da filosofia da consciência (e/ou de suas vulgatas voluntaristas), no interior do qual o intérprete é o dono dos sentidos.

Nesses termos, como o fator determinante da interpretação do direito acaba por ser a Lei, *objetivistas* são as posturas que entendem a lei como um dado jurídico pronto e acabado tendo o intérprete a tarefa de simples revelação do sentido, nela alocado por alguma autoridade externa a ele, intérprete, que pode ser a vontade divina, o sentido cosmológico das coisas ou, simplesmente, a ação de um legislador racional. Já as posturas subjetivistas são aquelas que despreendem o intérprete desse invólucro legal e o apresenta como um verdadeiro criador de sentidos. Nesse caso, o sentido originário da lei e a autoridade de quem a emite cede lugar para a sensibilidade do intérprete que deverá interpretá-la segundo, por exemplo, as finalidades para as quais ela fora criada; os interesses sociais que levaram à sua edição, entre outras coisas. Haverá, inclusive, os mais extremados que defenderão que a interpretação é um ato de vontade livre daquele que a profere, sendo o direito o resultado de suas ações interpretativas.

Em todo caso, há uma convenção teórica no direito que posturas hermenêutico-interpretativas professadas pela escola da exegese, da jurisprudência dos conceitos, da jurisprudência analítica e do positivismo normativista são — do ponto de vista do paradigma filosófico que as guia — objetivistas; ao passo

same, *in*: , Repr., 3. pr. San Francisco: Harper, 1993, p. 142.

14 HEIDEGGER, Martin; MCNEILL, William, *Introduction to Philosophy*, Bloomington (Ind.): Indiana University press, 2024, p. 119.

que o movimento do direito livre, o realismo jurídico e a jurisprudência dos interesses representam posturas subjetivistas. Neste texto desafia-se essa suposição, em especial tanto em relação à caracterização do positivismo analítico (e também normativista) como objetivista, quanto à caracterização do realismo jurídico como subjetivista.

Há um apanhado razoável de evidências teóricas e históricas que sustentam esse argumento, mas antes, na próxima seção, faz-se necessário explicitar um possível complicador, que se apresenta quando a mesma proposição teórica se relaciona dualmente com o paradigma objetivista e subjetivista, como se estivesse em um “dilema” metafísico.

3. O DILEMA OBJETIVISMO *VERSUS* SUBJETIVISMO NO ÂMBITO (HERMENÊUTICO) DA APLICAÇÃO DO DIREITO: O PROBLEMA DOS “CRUZAMENTOS FUNDACIONAIS”

A aplicação do direito, como afirma a Crítica Hermenêutica do Direito há tempos,¹⁵ está assentada num tipo muito curioso de sincretismo que podemos nomear aqui por “cruzamentos fundacionais”. Vale dizer, no direito, o paradigma objetivista, da filosofia clássica, encontra-se por vezes associado ao paradigma subjetivista, da filosofia da consciência.

Na verdade, levando a questão às últimas consequências, o problema retratado acaba por desaguar na própria relação entre direito e política. Posturas aplicativas e/ou metodológicas como a escola da exegese e a jurisprudência dos conceitos — e, nalgum sentido, a jurisprudência analítica — são expressão de uma movimentação filosófica que se encontra situada no interior do paradigma da filosofia da consciência, mas, ao mesmo tempo, produzem um modelo de aplicação do direito que retira a possibilidade de participação da subjetividade do julgador no momento da formação normativa.¹⁶ Professa-se uma espécie de “mito do dado”: os sentidos das normas jurídicas já estão postos pelo legislador; é um dado que não pode sofrer modelação por parte do intérprete/julgador.

Talvez essa afirmação não seja inteiramente verdadeira para a jurisprudência analítica, ao menos no que diz respeito à teoria descritiva proposta pelos positivistas pós-hartianos, justamente porque o propósito da jurisprudência

15 STRECK, Lenio Luiz, *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

16 Os autores que se filiam a essa corrente são inúmeros. Cf. GARDNER, John, *Law as a Leap of Faith: Essays on Law in General*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 277–278; SHAPIRO, Scott, *Legality*, Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 2013, p. 406–407, n. 16; SUGARMAN, David, *Hart Interviewed: H.L.A. Hart in Conversation with David Sugarman*, *Journal of Law and Society*, v. 32, n. 2, p. 267–293, 2005, p. 290–291; COLEMAN, Jules L.; SHAPIRO, Scott (Orgs.), *Methodology, in: The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford ; New York: Oxford University Press, 2002, v. 1, p. 347; GREEN, Leslie, *Jurisprudence for Foxes*, *Transnational Legal Theory*, v. 3, n. 2, p. 150–160, 2012, p. 158.

analítica sempre foi conceitual, isto é, definir o que seria o direito (o que “conta” como direito) independentemente das opiniões substantivas sobre o tema. Nesse caso, o propósito de responder à pergunta “o que é isto — o direito?” seria inteiramente filosófico.¹⁷ Contudo, assumir a tarefa da teoria do direito como sendo puramente conceitual em razão de encontrar os critérios de juridicidade para se responder à pergunta “o que é isto — o direito?” gera um ônus argumentativo: o de assumir que esses critérios de validade não respondem a requisitos substantivos, como o de legitimidade política. Autores desde Dworkin vem contestando essa maneira de compreender o fenômeno jurídico.¹⁸

Onde estaria, então, a subjetividade de que tanto se fala? Onde estaria a consciência que poderia colocar ordem de sistema — logicamente rigorosa — no caos normativo da lei humana?

Ora, a subjetividade está espelhada na ação do legislador, seja ele um corpo legislativo determinado (um parlamento); seja ele a expressão da sabedoria de especialistas/professores que constroem a lei a partir das descobertas da ciência jurídica. A filosofia da consciência (ou, por vezes, em uma vulgata desta, o simples voluntarismo judicial) se manifesta aqui como um tipo de vontade política que limita a ação do julgador. Trata-se de uma *vontade de sistema* que se manifesta de forma mais esplendorosa na experiência da codificação. Como afirma Losano, a partir do caráter indiscutivelmente racional (portanto, expressão de uma consciência; a *consciência legislativa*) que revestia a obra do legislador ou dos professores, o que poderia o intérprete — seja a doutrina seja a jurisprudência — fazer além de espelhar, ou revelar, aquela ordem racional já posta pela *vontade do legislador*.

Daí que, no momento da aplicação, o *mito do dado* é o que prevalece.¹⁹ Todavia, no momento da formação do direito, da efetiva planificação legislativa da sociedade, dá-se a manifestação da subjetividade do legislador: sua obra é fruto de uma construção — arbitrariamente — racional. Ora, não existe mais

17 Os autores que se filiam a essa corrente são inúmeros. Cf. GARDNER, John, *Law as a Leap of Faith: Essays on Law in General*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 277–278; SHAPIRO, Scott, *Legality*, Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 2013, p. 406–407, n. 16; SUGARMAN, David, *Hart Interviewed: H.L.A. Hart in Conversation with David Sugarman*, *Journal of Law and Society*, v. 32, n. 2, p. 267–293, 2005, p. 290–291; COLEMAN, Jules L.; SHAPIRO, Scott (Orgs.), *Methodology*, in: *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford ; New York: Oxford University Press, 2002, v. 1, p. 347; GREEN, Leslie, *Jurisprudence for Foxes*, *Transnational Legal Theory*, v. 3, n. 2, p. 150–160, 2012, p. 158.

18 Cf. DWORKIN, Ronald, *Justice in Robes*, Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard Univ. Press, 2006.; ver também PRIEL, Dan, *The Misguided Search for the Nature of Law*, 2015. (Manuscrito não publicado).

19 Um dos coautores já explicitava essa duplicidade ou dicotomia subjetivismo na criação e objetivismo na aplicação, tendo como exemplo a dogmática jurídica brasileira. Cf. STRECK, Lenio Luiz, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. (Da 9ª ed. em diante essa distinção já aparece.)

Deus ou a Cosmologia para aprofundar o conteúdo do direito humano concreto. O que sobra, então? Sobra a Razão — com “R” — o principal fundamento da filosofia da consciência.²⁰

Quando a razão legislativa não consegue mais segurar em si todos os sentidos, a vontade — o elemento determinante da filosofia da consciência; a manifestação mais decisiva da subjetividade — *salta do nível político para o nível judicial*. Não é à toa que Kelsen²¹ chama o âmbito das práticas jurídicas de política jurídica e diz que ali se pratica a interpretação como um ato de vontade: trata-se da consagração disso que aqui me refiro: a filosofia da consciência sempre está presente nos fundamentos do positivismo jurídico e da experiência do direito moderno. Por isso, não é de estranhar que apenas em 2015 o novo CPC conseguiu retirar o livre convencimento do juiz, sendo que o processo penal continua sendo conduzido por este imaginário.

Como isso ocorre? Em um primeiro momento, ela se manifesta na *vontade do legislador* que, no momento de sua aplicação judicial, é articulada a partir do mito do dado, da ideia objetivista de que a lei carrega consigo todos os seus sentidos; no momento seguinte o que se tem é uma fragmentação completa das estratégias objetivistas para uma afirmação cabal de que a vontade — que caracteriza a ação política — é também um atributo do poder judiciário que possui como dever a tarefa de afirmar — e não revelar, como se pensava no paradigma objetivista — a *vontade da lei* que, ao fim e ao cabo, se converte em vontade do juízo que afirma o sentido da lei.

Podemos analisar essa mesma questão a partir de um problema mais propriamente aplicativo do direito, associado ao dogma da subsunção. No contexto de predomínio objetivista, a subsunção é a forma privilegiada de se retratar o modo como o direito deveria ser aplicado. Os movimentos críticos, com predominância originária dos *critical legal studies*, que instalaram os primeiros passos do subjetivismo hermenêutico, começam a apontar para uma necessária ultrapassagem do dogma da subsunção a partir da criação de outras formas de representação da aplicação do direito. (É por isso que se tornou um lugar comum na dogmática se comparar o realismo jurídico com os movimentos teóricos críticos do direito, quando em verdade eles guardam uma diferença importante. Apesar de ambos compartilharem do questionamento ao dogma da subsunção, enquanto no realismo o questionamento ainda guarda uma relação próxima com o objetivismo conservador de uma busca pelos “valores da comunidade política”, os teóricos críticos do direito — especialmente no âmbito do

20 Esse racionalismo é bem diferente do defendido por Brandom, que fundamenta sua tese inferencialista como um jogo de dar e pedir *razões*. Ver BRANDOM, Robert B., *Articulating Reasons: An Introduction to Inferentialism*, Cambridge: Harvard University Press, 2000.

21 KELSEN, Hans, *Pure Theory of Law*, Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange, 2009, p. Cap. 8.

critical legal studies nos Estados Unidos — apostaram muito mais no subjetivismo e no protagonismo social dos juízes. Também por essa razão (apesar de que ele talvez não concorde com meu argumento sobre o vínculo dos realistas com o paradigma objetivista) Priel rechaça a tese de que os teóricos críticos do direito seriam “herdeiros” dos realistas).²²

Falando especificamente sobre o dogma da subsunção, é possível dizer que ele opera em dois níveis distintos. Em primeiro lugar, há que se destacar um aspecto político-jurídico, de justificação. Em um segundo momento, existe uma determinação técnico-operacional.

a) do ponto de vista político-jurídico, o *dogma da subsunção* efetua — através de uma série de justificativas que são articuladas a partir de argumentos retirados de um horizonte cultural determinado — uma redução epistemológica do problema do conceito de direito. Concebe-se, nesse sentido, o direito como sendo o conjunto das disposições que compõem as leis de um determinado Estado nacional. O conceito de direito é equiparado, nesse sentido, ao conceito de lei.

Como já mencionado, essa equiparação entre direito (*jus*) e lei (*lex*) deve-se a uma série de elementos culturais que emergiram em um determinado tempo histórico. A principal consequência política da manifestação desse fenômeno é que ela abre espaço para a exclusão do problema da justiça no campo do direito. Um desses elementos, embora não seja o único, pode ser pensado a partir de alguns argumentos de rousseauianos que causaram impacto nas concepções desse movimento. De fato, é conhecida a afirmação do genebrino — presente em seu *Do Contrato Social* — de que a ideia de uma lei injusta seria contraditória uma vez que não seria possível que o povo (que fez a lei) pudesse ser injusto consigo mesmo.²³

Ou seja, em sendo a lei produto da deliberação da vontade geral; em sendo ela a manifestação da soberania popular — uma vez que, para Rousseau, o povo é quem manda, e o governo é quem obedece — não poderia haver leis injustas ou mesmo, poderíamos dizer, contrárias ao direito. Logo, a lei seria igual ao direito.²⁴

22 Cf. PRIEL, The Myth of Legal Realist Skepticism, p. 16.

23 Ver as discussões sobre o tema em GOYARD-FABRE, Simone, *La philosophie du droit de Montesquieu*, Paris: C. Klincksieck, 1973. VETŐ, Miklós, *La Naissance De La Volonté*, Paris: L'Harmattan, 2002.. O autor de *O Contrato Social* defendia, assim, de um modo totalmente dissonante com relação ao que era pregado por juristas como Grotius e Burlamaqui, que a soberania tinha como titular o povo, que a exercia na forma da vontade geral.

24 Não deixa de surpreender como a conclusão da filosofia política iluminista chega perto, retiradas as devidas reflexões analíticas com os esforços conceituais do positivismo jurídico descritivo de conceituar o direito com base nos critérios de validade jurídica. Ao tratar a pergunta sobre o que é o direito como uma mera questão conceitual — diferenciando-a de uma teoria da adjudicação (cf. KRAMER, Matthew H., *In Defense of Legal Positivism: Law Without Trimmings*, Reprint. Oxford: Oxford Univ. Press, 2007, p. 129; 161; COLEMAN, Jules L.,

Por outro lado, os movimentos de recepção do direito romano prepararam as condições para o processo que culminou com a codificação do direito privado. De fato, a autoridade dos estudos universitários acerca da formação dos conceitos jurídicos e sua respectiva aplicação às relações jurídicas de direito privado que surgiam a partir do advento do Estado Liberal contribuíram, significativamente, com a consolidação desse elemento cultural que produziu a equiparação entre lei e direito.

b) Desse elemento político decorre logicamente uma consequência técnica: se o conhecimento do universal, da generalidade do direito, já está dado pelo conhecimento da lei, então o trabalho do agente jurídico que exara a decisão judicial será aplicar esse conteúdo universal aos casos concretos apreciados.

A técnica inicial de decisão que servirá como mecanismo de aplicação do direito será a conhecida *subsunção*. Nesse caso, opera-se dedutivamente da premissa maior que é a lei em direção à premissa menor, o caso. Esse aspecto lógico abstrato — que será apelidado depois de conceitualista — está na base de movimentos culturais como a escola da exegese francesa e a jurisprudência dos conceitos alemã. Os grandes códigos civis do século XIX serão operacionalizados (no caso da escola da exegese) e pensados (no caso da Jurisprudência dos conceitos) tendo a decisão judicial como resultado desse procedimento estritamente subsuntivo de acomodação do caso judicial ao suporte fático previsto na legislação.

Ainda no século XIX, uma série de tensionamentos culturais começaram a impor algumas mudanças nas configurações conceituais da decisão jurídica. Em alguns casos, a própria pressão política da magistratura — que, já no final do século, começa a se fortalecer ganhando cada vez mais autonomia com a radicalização do Estado de Direito e o desligamento do processo civil do âmbito do direito material — levará a essa “mudança de rota”. Esse dado pode ser visualizado, por exemplo, na obra de Oskar von Bülow, que reivindicava maior espaço para a magistratura no processo de formação do direito. Para ele, a verdadeira “recepção do direito romano” não teria ocorrido no seio da universidade, mas, sim, através das decisões tomadas pela magistratura que embalavam o direito vivo, o direito do caso.²⁵

Por outro lado, no ambiente do direito francês, François Geny escreve, senão a primeira, certamente a mais famosa, crítica metodológica ao modelo de decisão estabelecido pelo exegetismo.²⁶ Geny atacava exatamente esse aspecto

The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory, Repr. 2008. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 170.) —, a jurisprudência analítica chegou a uma resposta bastante parecida com o reducionismo de Rousseau.

25 Sobre o tema, cf. Mario Losano *Sistema e struttura nel diritto: vol. 2 – Il novecento*, Milano: Giuffrè, 2002, p. 153–154., no segundo volume de seu *Sistema e Estrutura do Direito*.

26 GENY, François; SALEILLES, Raymond, *Méthode D'interprétation Et Sources En Droit Privé Positif: Essai Critique*, Reproduction en fac-similé. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016.

predominantemente lógico-formal que o paradigma do dogma da subsunção carregava consigo. Sua grande intenção, como é sabido, era oferecer uma alternativa metodológica a esse “paradigma dominante” e que incorporasse um tipo de método científico mais adequado para o estudo do direito. No caso, o método adequado teria inspirações sociológicas — ao invés de lógico-filosóficas — e teria suas atenções voltadas para o fato jurídico em detrimento do entendimento meramente conceitual. Essa investigação sociológica permitiria demonstrar a existência de determinadas relações sociais que, apesar de necessitarem de um regramento normativo, ficavam fora da zona de cobertura da estrutura codificada do Direito. Haveria, portanto, zonas “livres de direito” no seio da sociedade.²⁷

Portanto, eis a explicitação dessa controvérsia entre objetivistas e subjetivistas à luz da hermenêutica. Portanto, há que se ter muito cuidado, para que não ocorram mal-entendidos acerca dessa complexa questão.

4. JURISPRUDÊNCIA ANALÍTICA E REALISMO JURÍDICO ENTRE OBJETIVISMO E SUBJETIVISMO

É lugar comum do debate teórico que entre os diversos positivismos e o realismo jurídico dever-se-ia situar o primeiro como a consagração da objetividade interpretativa em maior ou menor grau²⁸ e o segundo como o ápice do subjetivismo decisionista.²⁹ É no mínimo controverso epitetar o realismo como subjetivista. Este texto serve também para rever o tema. Quanto ao erro comum da dogmática de indicar o positivismo kelseniano como partidário do objetivismo, esse é um erro muito comum na dogmática e na teoria do direito.³⁰ Já sobre a comum caracterização dos realistas como subjetivistas, esse também é um tema mais complexo. A base para entender o realismo e o positivismo como tendo a mesma raiz filosófica é assumir que ambos assumem os mesmos compromissos, entre eles o de que o direito é um fato social, o que nos leva a afirmar

27 Como nada é inteiramente novo na teoria do direito, esse é um tema que retornará com Hart no clássico *The Concept of Law*, que inaugura sobremaneira a teoria analítica conceitual do direito. É curioso observar que no prefácio, inclusive, Hart (*The Concept of Law*, Third edition. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. viii.) diz que a obra deve ser lida como um “ensaio de sociologia descritiva”. Nesse sentido, sua abordagem não seria tão diversa da jurisprudência sociológica proposta por autores como Roscoe Pound (*The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence. I. Schools of Jurists and Methods of Jurisprudence*, *Harvard Law Review*, v. 24, n. 8, p. 591–619, 1911.) quanto Hart (*American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*, *Georgia Law Review*, v. 11, n. 5, p. 969–989, 1977.) afirmava que era.

28 STRECK, Lições de Crítica Hermenêutica do Direito, p. 103.

29 LEITER, Brian, Explaining Theoretical Disagreement, *University of Chicago Law Review*, v. 76, n. 3, p. 1.215, 2007, p. 1.247.

30 Cf. STRECK, Lenio Luiz, Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?, *Novos Estudos Jurídicos*, v. 15, n. 1, p. 158–173, 2010, p. 160–161.

que o realismo jurídico nada mais é do que um “positivismo fático”. Esse é um argumento bastante próximo do que Brian Leiter defende.³¹

Contudo, uma análise aprofundada na transição dos paradigmas filosóficos permite inverter essa tese. Propõe-se aqui que a jurisprudência analítica, ao institucionalizar a discricionariedade e a vontade do julgador, opera no âmbito do subjetivismo da filosofia da consciência, enquanto o realismo jurídico, ao ancorar-se nos valores comunitários e no conceito hegeliano de faticidade social (*Sittlichkeit*), constitui uma forma de objetivismo socio-axiológico com o qual uma leitura inferencialista poderia ler como intersubjetiva.³²

Começaremos pela jurisprudência analítica, a qual por ser contemporânea e herdeira busca identificar o Direito através de critérios sociais de validade, notadamente a “regra de reconhecimento”. No entanto, ao lidar com a “textura aberta” da linguagem, essa escola recai inevitavelmente em um paradigma subjetivista da filosofia da consciência. Para Hart,³³ em “casos difíceis” situados na penumbra da regra, o juiz não apenas interpreta, mas exerce discricionariedade legislativa, criando o direito a partir de sua própria escolha moral ou política. É fato que essa escolha encontra constrangimentos morais, políticos e econômicos, mas é inegável o caráter subjetivo que nasce na decisão judicial a partir de Hart.

Aprofundando esse problema, autores como Andrei Marmor sugerem que os juízes frequentemente operam sob uma “retórica de aplicação” para ocultar atos que são, em realidade, mudanças retrospectivas do direito.³⁴ Esse argumento de “ocultação” (*concealment argument*) pressupõe que o sentido do direito reside na consciência privada do magistrado, que deliberadamente manipula o texto. De modo similar, Brian Leiter aponta para o “oportunismo interpretativo”, no qual o julgador seleciona metodologias (como o textualismo

31 Cf. LEITER, Brian, Legal Positivism as a Realist Theory of Law, in: SPAAK, Torben; MIN-DUS, Patricia (Orgs.), The Cambridge Companion to Legal Positivism, 1. ed. [s.l.]: Cambridge University Press, 2021, p. 79–102., mas que é contestado (PRIEL, Dan, Legal Realism, Legal Positivism, and Determinacy, American Journal of Jurisprudence, v. 71, 2026; *Id.* Were the Legal Realists Legal Positivists?, Law and Philosophy, v. 27, n. 4, p. 309–350, 2008.), contestação essa que não poderemos elaborar em detalhes aqui.

32 Isso se aplica a uma versão tradicionalista do realismo jurídico norte-americano, cujos expoentes são Llewellyn e Frank, em detrimento de uma segunda ala, a científica, cujo pensamento não seria objetivista. Ver PRIEL, Dan, Rival Legal Realisms, 2022. (Manuscrito não publicado). O foco aqui é tratar especialmente do caráter objetivista dessa corrente tradicionalista e não propriamente das diferenças entre as duas alas. Para uma discussão maior sobre os fundamentos do realismo jurídico estadunidense e suas diferentes frentes, cf. REBELO, Victor B. “Pragmatism, Instrumentalism, and Naturalism in the American Legal Realist Tradition” (tese de doutorado em desenvolvimento).

33 HART, H. L. A., Essays in Jurisprudence and Philosophy, Oxford [Oxfordshire] : New York: Clarendon Press ; Oxford University Press, 1983, p. 63–64; HART, The Concept of Law, p. 123; 143.

34 MARMOR, Andrei, Positive law and objective values, Oxford; New York: Clarendon Press, 2001, p. 80.

ou o intencionalismo) apenas como ferramentas para justificar um resultado previamente escolhido por seu foro íntimo.³⁵ Uma prova que essa tradição de ceticismo interpretativo ser “originária” do positivismo analítico é que Hart apresentou uma versão do argumento de “ocultação”.³⁶

O colapso de qualquer tentativa de se relacionar a jurisprudência analítica no campo do objetivismo torna-se evidente em trabalhos de Jules Coleman e Joseph Raz. Coleman admite que juízes podem concordar sobre a existência de uma regra de reconhecimento, mas discordar radicalmente sobre sua aplicação, o que, na prática, dissolve a regra em uma série de práticas subjetivas individuais.³⁷ Raz, por sua vez, ao defender uma separação radical entre direito e moral, reconhece que, quando as fontes sociais se esgotam, o juiz mantém poder discricionário para decidir conforme seus próprios critérios de conveniência.³⁸

Assim, a pretensa objetividade do sistema analítico fragmenta-se em um “estado de natureza hermenêutico”, onde cada intérprete parte de um “grau zero” de sentido, imperando solipsisticamente em seus domínios. Tal panorama é desenvolvido a partir da suposição, pela jurisprudência analítica, do chamado “quadro básico” (*basic picture*) da teoria do direito.³⁹ De modo conciso, o quadro básico descreve uma série de proposições cujo teor é aceito como pressuposto teórico pela jurisprudência analítica. São eles:

O direito é uma criação humana e, como tal, possui características locais e temporais; (2) A moralidade não é uma criação humana. É atemporal e universal. Seu conteúdo não muda e é verdadeiro independentemente das atitudes humanas; (3) Segue-se de (1) e (2) que o direito e a moralidade são duas entidades bastante diferentes. Elas podem estar relacionadas de várias maneiras, podem até haver algumas “conexões necessárias” entre elas, mas essas conexões não devem nos confundir a ponto de pensarmos que o direito e a moralidade são o mesmo tipo de objeto. (4) Uma conexão importante entre o direito e a moralidade é que a moralidade é a referência para o direito. Avaliamos as leis humanas em relação à moralidade universal; (5) Existem certas características que distinguem o direito do não direito. Essas características, frequentemente chamadas de “critérios de validade jurídica” (ou “critérios de legalidade”), diferem de uma jurisdição para outra, mas todas as leis são leis em virtude de atenderem aos critérios exigidos para a legalidade em sua jurisdição. (6) *Embora diferentes jurisdições tenham diferentes critérios de legalidade, os critérios têm algumas características universais. Identificar essas características é fundamental para compreender a natureza do direito e, como tal, é uma tarefa primordial da filosofia do direito.*⁴⁰

35 LEITER, Explaining Theoretical Disagreement, p. 1.224.

36 HART, The Concept of Law, p. 274.

37 COLEMAN, The Practice of Principle, p. 116–117.

38 RAZ, Joseph, Legal Principles and the Limits of Law, Yale Law Journal, v. 81, p. 823–854, 1972, p. 823–825.

39 PRIEL, Making Sense of Nonsense Jurisprudence, p. 4–5.

40 *Ibid.* Grifo nosso.

Como o próprio autor menciona, o ponto seis (com ênfase) é costumeiramente “onde toda a ação acontece”. Nesse sentido, ao reduzir o debate sobre “o que é isto — o direito?” a uma questão conceitual reduz em grande parte a relevância do debate sobre os graus de legitimidade política que um regime jurídico pode (ou não) ter. A jurisprudência analítica, portanto, separa o que seria uma empreitada filosófica da teoria do direito (de um lado) e a teoria da adjudicação (do outro). Apesar de aparentar, assim, estar inserida dentro do paradigma objetivista (da neutralidade metodológica), a jurisprudência analítica abre o caminho para o arbítrio judicial e sustenta o subjetivismo dentro de uma teoria da adjudicação a qual não está devidamente interessado.

Inversamente, o realismo jurídico norte-americano de cunho tradicionalista pode ser compreendido como uma postura objetivista ao organizar o sentido do direito a partir de padrões externos e independentes da vontade privada do julgador. Ao contrário da caricatura que o descreve como um ceticismo radical que reduz o direito ao “café da manhã do juiz”,⁴¹ o realismo tradicional de autores como Karl Llewellyn e Jerome Frank busca a validade jurídica na facticidade social e nos padrões objetivos de comportamento de uma comunidade.

Para esses autores, o direito não reside na mente do juiz, mas no conceito romântico de *Sittlichkeit* (vida ética habitual). Karl Llewellyn argumentava que a autoridade do direito deriva de sua correspondência com os valores compartilhados, o que impõe um limite objetivo à atuação judicial. O juiz realista não “inventa” o sentido de maneira solipsista; ele o extrai da realidade prática da sociedade. Como um dos heróis intelectuais de Llewellyn, Arthur Corbin destaca — sendo citado por Llewellyn —,⁴² “[o] juiz, se for honesto, estabelece uma regra que foi aprovada ou aceita pela comunidade no passado, ou uma regra que ele acredita que a comunidade aprovará no futuro”.⁴³ Da mesma maneira, Jerome Frank, em correspondência com o colega Felix Frankfurter (que viria a ser *justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos), afirmou: “Não digo que “a maioria das leis seja uma farsa ... Acho que o direito é bem real. Mas não acredito que funcione da maneira como parece, aparentemente, funcionar”.⁴⁴

Nesse sentido, o realismo jurídico estadunidense de corrente tradicionalista é objetivista porque o critério de correção está “fora” da mente do juiz, situado nos padrões de comportamento e nas expectativas legítimas da comu-

41 PRIEL, Dan, *Law Is What the Judge Had for Breakfast: A Brief History of an Unpalatable Idea*, Buffalo Law Review, v. 68, n. 3, p. 899-930, 2020.

42 LLEWELLYN, Karl N., *Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound*, Harvard Law Review, v. 44, n. 8, p. 1222-1264, 1931, p. 1.227, n. 17.

43 LLEWELLYN, Karl N., *One “Realist’s” View of Natural Law for Judges*, Notre Dame Law, v. 15, n. 3, p. 7-8, 1938.

44 GLENNON, Robert Jerome, *The Iconoclast as Reformer: Jerome Frank’s Impact on American Law*, Ithaca: Cornell University Press, 1985, p. 89.

nidade comercial e social. Nesse sentido, com Priel,⁴⁵ podemos entender que o realismo jurídico que Llewellyn defendia como uma espécie de “senso comum” (*residual non-expert horse-sense of the Community*) na aplicação do direito pelas cortes, que para esses autores seria o direito socialmente legitimado. Llewellyn chamava essa prática tradicional de reconhecer o direito “como ele é” dentro do seio social como o “grande estilo” (*Grand Style*), em oposição ao formalismo científico ou teórico que passava a reinar no ensino jurídico nas universidades de prestígio na época.⁴⁶ Mesmo Jerome Frank, frequentemente rotulado como um “cético radical”, demonstra um compromisso com o objetivismo (e um sentido mais processualístico) ao focar na verdade dos fatos.⁴⁷ A preocupação de Frank não era celebrar o arbítrio, mas criticar a falibilidade do sistema de apuração de fatos dentro do processo judicial que produzia injustiças por não atingir a realidade objetiva do que aconteceu.⁴⁸ Frank afirmava que as normas jurídicas são ferramentas que devem ser ancoradas na realidade, e não abstrações que servem para esconder preconceitos. Ele foi enfático ao declarar: “[n]enhuma pessoa sã negaria que as doutrinas ou ‘regras’ encontradas em casos anteriores têm algum efeito sobre as decisões”.⁴⁹

Dessa forma, o “objetivismo” realista reside na insistência de que a decisão jurídica deve ser publicamente justificada e coerente com a tradição histórica e as práticas sociais. Enquanto a jurisprudência analítica se refugia na inevitabilidade da consciência privada do juiz que tem como consequência fatal a discricionariedade,⁵⁰ o realismo jurídico tradicionalista de Llewellyn e Frank busca resgatar a densidade normativa da vida, tratando o juiz como o intérprete

45 PRIEL, The Myth of Legal Realist Skepticism, p. 79.

46 LLEWELLYN, Karl N. American Common Law Tradition, and American Democracy, Journal of Legal and Political Sociology, 1942, p. 31.

47 FRANK, Jerome, Law & the Modern Mind, New Brunswick: Routledge, 2009, p. xxii–xxiii; FRANK, Jerome, Cardozo and the Upper-Court Myth, Law and Contemporary Problems, v. 13, n. 2, p. 369–390, 1948, p. 384.

48 Da crítica de Frank pode ser traçado um paralelo com a crítica ao conceito de “verdade real”, típico do direito processual brasileiro.

49 FRANK, Jerome, Book Review, Yale Law Journal, v. 40, p. 1120–1123, 1931, p. 1.123.

50 A afirmação de que o positivismo jurídico (em especial o pós-hartiano, berço da jurisprudência analítica) necessariamente adota a discricionariedade judicial como um dos seus pressupostos é contestada (HIMMA, K., Judicial Discretion and the Concept of Law, Oxford Journal of Legal Studies, v. 19, n. 1, p. 71–82, 1999. No Brasil, o tema vem sendo desenvolvido em RONSONI, Barbara. Poderia um positivista rejeitar a tese da discricionariedade? [Manuscrito não publicado]). O principal argumento contra a ideia é o de que a inevitabilidade da discricionariedade não decorre logicamente da tese dos limites sociais do direito, mas de uma escolha institucional contingente que alguns sistemas jurídicos podem ou não adotar. Saber se a suposição é ou não verdadeira, contudo, não é relevante para nosso argumento, pois assumo que o positivismo analítico adota a discricionariedade a partir de sua abordagem conceitual sobre a natureza do direito. Isto é, ao positivismo não interessa discutir os méritos do que é o direito (GARDNER, John, Legal Positivism: 5½ Myths, The American Journal of Jurisprudence, v. 46, n. 1, p. 199–227, 2001.) Ao não debater os seus méritos, abre-se o caminho para a “contingência” e para o arbítrio do acaso.

de uma realidade objetiva que o precede e o limita. Nesse sentido, inverter o senso comum que se convencionou permite perceber que a jurisprudência analítica é o verdadeiro reduto do subjetivismo moderno, ao permitir que o sentido do direito seja decidido por atos de vontade solipsistas sob o manto da “textura aberta”.

Por outro lado, o realismo jurídico, comumente conhecido por ser a escola subjetivista *par excellence*, apresenta-se como um projeto objetivista, ao vincular a legitimidade da decisão à sua correspondência com os valores e costumes da comunidade política. O direito, para realistas tradicionalistas como Llewellyn e Frank, não é o que o juiz *quer*, mas o que a sociedade *determina*, em suas práticas sedimentadas, e exige que ele reconheça como tal.

Analisando ambas as escolas e suas ramificações, contudo, nota-se um elemento do “dado”. Na jurisprudência analítica, o dado é o conceitual, o convencionalismo, como criticou Dworkin,⁵¹ de que isolando-se as variáveis corretamente, poder-se-ia chegar na tese perfeita sobre a natureza do direito. No realismo jurídico norte-americano, por outro lado, o elemento do dado está na determinação dos valores da comunidade. Há, aqui, uma sofisticação tão ou maior do que há na jurisprudência analítica (apesar de a dogmática não reconhecer isso).⁵² Alguns identificam no realismo de Frank e Llewellyn as bases para uma leitura interpretativista do direito que irá aparecer futuramente em Dworkin,⁵³ ou mesmo na justificação moral de autogoverno (aparentemente calcada no direito natural, mas profundamente pragmática) de Fuller.⁵⁴ De todo modo, o tradicionalismo desses autores revela — até por uma questão histórica — uma fundamentação que aparenta quebrar com a metafísica, mas acaba adotando-a, inclusive sobre o ponto de vista religioso e político. Isso se dá pelos fundamentos filosóficos adotados pela maioria dos realistas jurídicos. Especialmente em Llewellyn e Frank, é possível identificar uma herança pragmatista em seu pensamento. Esse pragmatismo, herdado do que ficou conhecido como “pragmatismo americano clássico”,⁵⁵ nunca foi uma escola de pensamento que buscou quebrar com um fundamento religioso ou metafísico da sociedade, mas sim questionar as amarras do cientificismo e do darwinismo social, em favor de um naturalismo mais amplo.⁵⁶

51 DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard Univ. Press, 1986, p. 114–150.

52 Para uma rara exceção à regra, ver TAMANAHA, Brian Z., *Beyond the Formalist-Realist Divide: The Role of Politics in Judging*, Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2010.

53 DWORKIN, *Law's Empire*; DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 2001.

54 Cf. FULLER, Lon L., *The Morality of Law*, New Haven, CT: Yale University Press, 2000.

55 Ver BRANDON, Robert, *Perspectives on Pragmatism: Classical, Recent, and Contemporary*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2011.

56 *Ibid.*, p. 6. Ver também MENAND, Louis, *The Metaphysical Club*, New York: Farrar, Straus

Uma maneira de romper esse ciclo entre objetivismo e subjetivismo presente na teoria do direito é assimilar a intersubjetividade característica da virada linguístico-pragmática da filosofia no âmbito “insular” da teoria do direito. É o que se propõe aqui realizar com o aporte da semântica inferencialista de Brandom e de como ela pode servir para uma leitura inferencial da própria ideia de moralidade mínima que torna o direito possível, da forma como apresentada por Fuller.

5. EM DEFESA DE UMA HERMENÊUTICA DA FUNÇÃO

Como vimos aqui, a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) surge no cenário teórico-jurídico com a ambição de transcender o dualismo metafísico que historicamente aprisionou a interpretação jurídica. Esse dualismo, manifestado na polarização entre objetivismo clássico e subjetivismo moderno, encontra seu fundamento em paradigmas filosóficos superados: o realismo filosófico (que localiza o sentido no objeto, ou na *voluntas legis*) e a filosofia da consciência (que localiza o sentido no sujeito, ou na *voluntas legislatoris* ou *voluntas judicis*). A CHD, ao se filiar à ontologia fundamental heideggeriana e ao giro ontológico-linguístico (Heidegger-Gadamer), rejeita o esquema sujeito-objeto como matriz de inteligibilidade para o direito.⁵⁷

Com efeito, o direito, ao invés de ser um objeto a ser descoberto ou mesmo cuja construção deve ser depurada (objetivismo), ou então uma projeção da vontade do intérprete (subjetivismo), é intrinsecamente um conceito interpretativo, cujo sentido surge na e pela linguagem. A linguagem, longe de ser uma “terceira coisa” interposta entre o sujeito e o objeto, é a condição de possibilidade para a compreensão, na qual o processo interpretativo é produtivo (*Sinngebung*), fazendo o sentido emergir. Contudo, essa produtividade não convalida decisionismos ou discricionariedades, pois o direito, por ser uma prática discursiva, exige respostas corretas fundadas no caráter antirrelativista da hermenêutica filosófica.

Com isso, uma das possíveis chaves de leitura para a CHD é a que ela postula duas dimensões pragmáticas da interpretação do direito. Uma delas seria pragmático-epistemológica, que dá conta de explicitar, pragmaticamente, a pergunta “o que é isto — o direito?”, a qual sempre permeou todas as tentativas de teorização ou de se fazer ciência no direito, mormente a abordagem conceitual da jurisprudência analítica; e uma segunda, que se pretende aprofundar a análise neste espaço: uma dimensão pragmático-normativa do direito, essencial para sustentar a busca por decisões corretas (como o que prevalecerá na teoria da decisão desenvolvida a partir da heurística chamada de “três perguntas fundamentais”).⁵⁸

and Giroux, 2001.

57 STRECK, Lenio Luiz, Verdade e Consenso, 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

58 STRECK, Lenio Luiz, Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do

Essa dimensão implica a recusa da descrição do fenômeno jurídico como mero “fato social” ou “prática” destituída de normatividade, o que o distancia radicalmente dos diversos positivismos, que institucionalizam o direito ao admitirem a discricionariedade judicial como uma fatalidade do fenômeno jurídico, e do pragmatismo instrumental (ou em sentido estrito), como criticado por Brandom,⁵⁹ o qual reduz a verdade (ou veracidade de proposições) à utilidade ou ao sucesso na satisfação de desejos (o problemático modelo “crença-desejo”).

Em razão dessa releitura feita de alguns aportes teóricos que são mencionadas em obras do primeiro coautor, mas que não compõem o referencial recente da CHD que sustenta este texto — em especial Brandom, mas também Fuller em sua ideia de moralidade mínima que torna o direito possível —, que nos propomos nesta parte da seção a sugerir uma nova abordagem para superar o objetivismo e subjetivismo à partir dessa chave de leitura da CHD, que se denominará de “hermenêutica da função”.⁶⁰ Adota-se essa terminologia também por uma leitura pragmática daquilo que Alasdair MacIntyre identificou como “prática”, isto é, qual forma coerente e complexa de atividade humana socialmente estabelecida cooperativamente “qualquer forma coerente e complexa de atividade humana cooperativa socialmente estabelecida, por meio da qual bens internos a essa forma de atividade são realizados”.⁶¹ Para compreender a ideia de “hermenêutica da função” é preciso entender que a prática (jurídica) só é “inteligível[l] dentro de uma tradição histórica de investigação e debate moral”.⁶² Sendo a tradição um “argumento historicamente ampliado e socialmente incorporado”,⁶³ tal prática só se torna de virtuosa a partir do desenvolvimento de padrões de excelência dessa prática, cuja inteligibilidade da atividade depende de sua inserção numa tradição viva.

Se a tradição pode ser “viva”, tal inteligibilidade não se dá em um grau zero de sentido, ou “Racionalidade”, mas sim em uma dimensão pragmático-normativa, a qual denomina-se de hermenêutica da função, a qual pode ser compreendida analiticamente como a ideia pragmatismo em sentido amplo articulado por Robert Brandom, especialmente em sua teoria inferencialista. Brandom define o conteúdo conceitual de expressões e performances não por

direito à luz da crítica hermenêutica do direito, 2. ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2019, p. 391–395.

59 BRANDOM, Perspectives on Pragmatism, p. 5 et seq.

60 O termo “hermenêutica da função” não deve ser confundido com função social do direito, assim como qualquer tipo de antiformalismo na interpretação. A hermenêutica da função defendida aqui por nós, que trata do tema sob a ótica da filosofia da linguagem, se fundamenta no pragmatismo em sentido amplo de Wittgenstein, na obra de MacIntyre e na teoria de Fuller (sempre trabalhada a partir da CHD), como é feito no presente artigo.

61 MACINTYRE, Alasdair C., *After Virtue: A Study in Moral Theory*, 3rd ed. Notre Dame, Ind: University of Notre Dame Press, 2007, p. 187.

62 *Ibid.*, p. 223.

63 *Ibid.*, p. 223–224.

correspondência a objetos (representacionalismo), mas sim pelas articulações inferenciais dos compromissos assumidos e das autorizações reivindicadas pelos atores no “jogo de dar e pedir razões”.⁶⁴

Tal pragmatismo em sentido amplo, o qual se alinha com a compreensão da CHD de negar qualquer tentativa de descrever a verdade como correspondência (*adequatio intellectus et rei*), propõe quatro comprometimentos: i) pragmatismo metodológico, que prescreve que uma teoria semântica deve responder à pragmática, ou seja, a teoria pragmática (o estudo do uso das expressões linguísticas) fornece o objetivo explicativo e os critérios de adequação para a teoria semântica; ii) pragmatismo semântico, o qual afirma que o significado é determinado pela forma como os praticantes usam as expressões; iii) pragmatismo fundamental, o qual prescreve que o conhecimento teórico (*knowing that*) é entendido em termos de habilidades práticas (*knowing how*) para realizar ações; e iv) o pragmatismo normativo, que mais nos interessa aqui, o qual prevê o compromisso de que a teoria pragmática deve empregar um vocabulário normativo.⁶⁵

Tal abordagem pragmatista em sentido amplo, para Brandom, se distingue de uma versão em sentido estrito, a qual assume um quinto compromisso, o do v) pragmatismo instrumental, associado aos autores do pragmatismo americano, clássicos como William James e John Dewey, que define a verdade de uma crença pelo seu sucesso em promover a satisfação de desejos. O instrumentalismo, ao concentrar-se no sucesso do agente em alcançar um fim ou objetivo, assume o problemático modelo “crença-desejo”, que é criticado por Brandom por incorrer no “mito do dado”, uma vez que confunde sensações imediatas com desejos conceitualmente articulados, que são elementos de razões para a ação. A adesão ao pragmatismo normativo, por outro lado, é crucial, pois exige que as normas implícitas nas práticas discursivas sejam reconhecidas e aplicadas de forma racional e reflexiva, e não apenas por meio de hábitos ou comportamentos regulares, o que distingue criaturas sencientes de criaturas sapientes.⁶⁶

Ao assumir-se o componente racional de práticas como sendo o caso das práticas jurídicas, pode-se também assumir o conteúdo dessas práticas a partir do inferencialismo, pois nessa teoria está-se tratando de uma teoria pragmática que lida com a racionalidade e a normatividade de maneira intersubjetiva. Nesses termos, *ser racional* é participar desse jogo de linguagem que consiste em fazer e desafiar afirmações. Enunciados e estados são dotados de conteúdo proposicional apenas na medida em que sustentam relações inferenciais entre

64 Ver em especial os primeiros quatro capítulos de BRANDOM, Robert, *Making It Explicit: Reasoning, Representing, and Discursive Commitment*, 4. ed. Cambridge, Mass: Harvard Univ. Press, 2001.

65 BRANDOM, *Perspectives on Pragmatism*, p. 56 et seq.

66 *Ibid.*, p. 73.

si, podendo servir e sustentar a necessidade de razões. A racionalidade, dentro desse referencial não-clássico, exige que os participantes se responsabilizem pelos comprometimentos que assumem, uma demanda que ecoa a integridade dworkiniana⁶⁷ e, consequentemente, na proposta de teoria da decisão da CHD.

O compromisso de Brandom com o pragmatismo normativo é o ponto de contato fundamental com a CHD. Ambos postulam por uma *leitura inferencialista* das práticas jurídicas, isto é, as interpretam como práticas cujo sucesso se dá na inteligibilidade das práticas discursivas e são regidos por normas implícitas que devem ser reconhecidas e aplicadas pelos praticantes de forma *racional* e *reflexiva*, e não por meros hábitos ou disposições *naturais* (a qual Thomas Bustamante chama de *leitura regularista*).⁶⁸ A distinção entre a criatura *senciente* (que apenas reage a estímulos) e a criatura *sapiente* (que age distintivamente racional) reside na capacidade desta última de tratar normas como razões. Ser racional é, portanto, participar do jogo de linguagem que exige fazer e desafiar afirmações que servem como razões para crenças.⁶⁹

Essa abordagem pragmático-normativa se opõe diretamente ao pragmatismo instrumental que já foi criticado pela CHD se utilizando dos mais diversos rótulos. Nesse sentido, posso citar alguns deles: pragmatismo jurídico, realismo retrô, empirismos, teorias consequencialistas, entre outros.⁷⁰ É preciso reconhecer que por vezes o uso desses conceitos foi feito de maneira mais ou menos livre pela CHD, sem o devido cuidado para com uma precisão conceitual que se pretende realizar agora com o termo que proposto como “hermenêutica da função”.

É para substituir o uso desses termos que a CHD utilizou no passado que o que Brandom chama de “instrumentalismo” encaixa tão bem. Quem defende esse compromisso que consiste em reduzir o critério de verdade ao “sucesso em promover a satisfação de desejos” (modelo crença-desejo), é incapaz de sustentar a racionalidade reflexiva exigida pelo direito. E é exatamente isso que se observa em tantas criticáveis teorias do direito. Uma delas, cuja crítica foi feita amiúde em outros trabalhos,⁷¹ é o precedentalismo à brasileira, o qual faz uma importação acrítica e equivocada da teoria dos precedentes advinda do *com-*

67 Para um dos primeiros trabalhos a identificar a relação entre o pragmatismo em sentido amplo de Brandom e autores do direito, como Dworkin, ver DECAT, Thiago Lopes, *Inferentialist Pragmatism and Dworkin's 'Law as Integrity'*, *Erasmus Law Review*, v. 8, n. 1, p. 14–25, 2015.

68 BUSTAMANTE, Thomas, *Fish versus Dworkin: A Comparison Between Two Versions of Legal Pragmatism*, in: *New Essays on the Fish-Dworkin Debate*, London: Hart Publishing, 2023, p. 274.

69 *Ibid.*

70 Tal problema já é mais encontrado em STRECK, Dicionário de hermenêutica, p. 345–346., onde o autor já reconhece como exceção ao problema do “consequencialismo do pragmatismo” os trabalhos da filósofa Susan Haack e em certa medida Ronald Dworkin.

71 Ver STRECK, Lenio Luiz, *Precedentes Judiciais e Hermenêutica*, 7. ed. São Paulo, SP: Editora Juspodivm, 2025.

mon law para o Brasil, transformando a construção racional dos precedentes feita no passado em “teses” para o futuro, como se o judiciário legislador o fosse. Tudo em nome da “finalidade”; do “bem maior”: da “satisfação” da sociedade (?) que *deseja* um judiciário *mais eficiente* e com mais *segurança jurídica*. Um claro exemplo, pois, do uso instrumental do direito que adere ao modelo “crença-desejo”.

O modelo crença-desejo é problemático ao ponto de um positivista como Joseph Raz também criticá-lo por postular que desejos razoáveis (como o filosófico por conhecimento) transcendem o impulso e exigem razões para a ação.⁷² Ao rejeitar o instrumentalismo e abraçar o pragmatismo normativo inferencialista, a CHD se alinha a uma tradição que busca a objetividade no plano da intersubjetividade e da responsabilidade.

O inferencialismo de Brandom providencia o referencial semântico (e lógica e analiticamente expressivo) para a objetividade (no sentido de ser explicitado e justificado racionalmente) ao exigir que os participantes do jogo (os juízes, em particular) se responsabilizem pelos comprometimentos que assumem. Essa responsabilidade exige a integridade do direito (Dworkin), pois os conceitos jurídicos são normas que determinam “qual é a razão para o quê” (*what is a reason for what*).⁷³ A racionalidade exigida para a hermenêutica da função é, portanto, a racionalidade histórico-expressiva hegeliana (na leitura de Brandom), que consiste em escolher retrospectivamente uma trajetória expressivamente progressiva através de aplicações passadas de um conceito, de modo a determinar uma norma que se possa entender como estando no controle de todo o processo e, assim, projetar para o futuro (porque decisões judiciais aplicam o direito com base no passado).⁷⁴

Outro componente importante para compreender a ideia de inteligibilidade de padrões de excelência da prática jurídica está presente na proposta teórica de Lon L. Fuller, a qual oferece a justificativa estrutural para a exigência de objetividade dessa racionalidade, ligando-a à função inerente do direito: a moralidade interna.⁷⁵ O autor define o direito como um “empreendimento” que tem como propósito “submeter a conduta humana ao governo de regras”.⁷⁶

72 RAZ, Joseph, *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action*, New York, NY: Oxford Univ. Press, 1999, p. 52–54.

73 BRANDOM, Robert, *Reason in Philosophy: Animating Ideas*, Harvard Univ. Press. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard Univ. Press, 2013, p. 14.

74 BRANDOM, Robert, A Hegelian Model of Legal Concept Determination: The Normative Fine Structure of the Judges’ Chain Novel, *in*: HUBBS, Graham; LIND, Douglas (Orgs.), *Pragmatism, Law, and Language*, New York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2014, p. 19–39.

75 Aproximar Fuller de uma premissa teórica formulada por MacIntyre pode parecer óbvio, mas ressaltamos que não estamos buscando uma fundamentação calcada na ideia de *virtue ethics*, mas sim em uma releitura pragmática que compõe com Fuller.

76 FULLER, *The Morality of Law*, p. 129.

Para que esse empreendimento seja possível, ele deve satisfazer um conjunto de desideratos de excelência (os oito “caminhos para a criação do direito”), que incluem: generalidade, promulgação, não retroatividade, clareza, não contradição, possibilidade de obediência, constância e congruência entre ação oficial e regra declarada.⁷⁷

O ponto crucial do argumento de Fuller, que fundamenta o que se denomina aqui de “hermenêutica da função”, é que as considerações que levam à excelência do direito são as mesmas que definem o que conta como existência do direito, no nível mais baixo.⁷⁸ Uma falha total ou substancial em qualquer um desses princípios de legalidade não resulta apenas em “direito ruim”, mas em algo que não pode ser adequadamente chamado de sistema jurídico.⁷⁹

Fuller argumenta que a legalidade, ao tratar os sujeitos como agentes responsáveis, capazes de compreender e seguir regras, estabelece um vínculo de *reciprocidade* entre o governante e o cidadão.⁸⁰ A obrigação do cidadão de obedecer à lei depende da obrigação do legislador de apresentar o direito de forma que possa ser conhecida e seguida.⁸¹ A falha nessa reciprocidade destrói a própria racionalidade da prática social.

Nesse sentido, a moralidade interna fulleriana não é uma moralidade de dever (*duty*), mas primariamente uma moralidade de aspiração (*aspiration*), visando à plena realização das capacidades humanas.⁸² Contudo, mesmo na aspiração, o direito precisa de princípios mínimos para ser possível.⁸³ O direito, ao fazer exigências práticas, deve levar em conta a capacidade de seus sujeitos de compreendê-las e segui-las, tratando-os como agentes autônomos.⁸⁴ A hermenêutica da função encontra aqui sua restrição objetiva: o intérprete não pode adotar um sentido que anule a função do direito de guiar a conduta, nem que rompa o vínculo de reciprocidade.

Como foi posto, a “hermenêutica da função” consolida a superação do dualismo objetivista/subjetivista ao integrar a CHD, o inferencialismo de Brandom e o conceito de moralidade de Fuller. Ela define que a interpretação jurídica

77 *Ibid.*, p. 61.

78 *Ibid.*, p. 56.

79 *Ibid.*

80 *Ibid.*, p. 35.

81 *Ibid.*

82 Dessa forma, ainda que se defenda princípios como “deontológicos”, a moralidade que funda o direito é, para a CHD, uma moralidade de aspiração, a qual nos fornece os frutos de princípios jurídicos, os quais, esses sim, serão interpretados como deveres (*duty*). Nesse ponto, Dworkin e Fuller são conciliáveis. Não à toa Leiter, que critica qualquer abordagem como que não seja baseada no direito como um “fato social”, é um contumaz detrator de ambos. Cf. LEITER, Legal Positivism as a Realist Theory of Law, p. 79.

83 FULLER, The Morality of Law, p. 16.

84 Cf. MURPHY, Colleen, Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law, Law and Philosophy, v. 24, n. 3, p. 239–262, 2005.

deve ser pautada pela função inerente que o direito desempenha, exigindo uma racionalidade discursiva (Brandom) que impeça a arbitrariedade e garanta a integridade, baseada nos limites funcionais introduzidos por Fuller.

O *telos* do direito (guiar a conduta) impõe que o processo de interpretação observe a legalidade (clareza, publicidade, não-retroatividade etc.). Se o juiz (o ator discursivo) falha em justificar suas inferências de forma coerente com a cadeia histórico-expressiva do direito, ele não apenas toma uma decisão “ruim”, mas mina a função do direito. A coerência e a integridade, por sua vez, servem como blindagem contra o decisionismo e o voluntarismo.

A tese da “hermenêutica da função”, portanto, provê uma terceira via: a objetividade não é um dado essencialista, nem uma ficção metodológica, mas uma exigência funcional e intersubjetiva imposta pela própria natureza do direito como prática social estruturada pela razão e pela moralidade mínima que o torna possível. Ao ligar a semântica à prática e à função normativa, a hermenêutica da função revela o fracasso do dualismo em capturar a natureza complexa e intersubjetiva do fenômeno jurídico.

CONCLUSÃO

Com este estudo, observa-se a origem conceitual das escolas teóricas do direito, sendo que se deve enquadrar teorias sempre levando em consideração seu referencial filosófico, isto é, seu paradigma.

Depois, definiu-se e identificou-se a perenidade dos paradigmas filosóficos objetivistas e subjetivistas, demonstrando na seção seguinte como, na teoria do direito, a inclusão de uma escola teórica em um ou outro dos paradigmas se torna um dilema frente aos “cruzamentos fundacionais” entre as escolas que seguem imunes à quebra paradigmática da viragem linguística.

No caso do realismo jurídico norte-americano, há uma aparente caricatura que é feita por parte da doutrina, de que este seria a apoteose do subjetivismo. Não é, embora se possa detectar esse problema naquilo que se pode chamar de “realismo retrô” praticado no Brasil, perceptível no precedentalismo. A tradição realista consta, na obra tradicionalista de Frank e Llewellyn, com o referencial que mais se aproxima da intersubjetividade que se almeja alcançar com a “hermenêutica da função”, mas peca por colocar os valores da comunidade como uma construção social (intersubjetiva), mas que deveria ser “encontrada” pelo julgador. Nesse ponto, os realistas apostaram — também pela sua condição histórica, pois escreviam em meio à consolidação da reviravolta linguístico-pragmática, dado que não se sabe se algum deles estava interessado nas obras de Heidegger, Wittgenstein, ou mesmo do Círculo de Viena — em uma espécie de mito do dado que paira entre objetivismo (valores comunitários determinados) e subjetivismo (empirista, dado que muitos dos realistas — mesmo

os tradicionalistas Frank e Llewellyn — subscreveram expressa ou tacitamente ao modelo crença-desejo e/ou à instrumentalização do direito).⁸⁵

Por outro lado, o positivismo jurídico — em especial o discutido neste artigo proposto pela jurisprudência analítica — também paira entre objetivismo e subjetivismo, pois sua pretensão conceitual (de aparência objetiva e desinteressada, isto é, pretensamente empírica) acaba por adotar aquilo que Dan Priel chama de “quadro básico”, um conjunto de pressupostos que acabam por designar uma função meramente conceitual, de determinar os critérios de validade jurídica de sistemas jurídicos que abandona a questão da legitimidade do direito — jogando-o para a mera contingência institucional dos sistemas. Ao adotar o quadro básico, portanto, a jurisprudência analítica acaba (mesmo que isso seja negado por autores como Himma) por admitir a discricionariedade judicial como uma fatalidade do direito, fazendo outros teóricos, como Leiter, defendam a ideia de que o positivismo analítico (ainda que por vezes seja também para ele, no caso do argumento de autoridade de Raz, uma teoria “moralista”),⁸⁶ ao fim e ao cabo, seja uma teoria realista.

Apesar de não adentrar o debate sobre se o positivismo pressupõe o “argumento central do realismo” (*legal realism’s Core Claim*),⁸⁷ o que se buscou demonstrar aqui é que há um senso comum que coloca teorias positivistas (mesmo elas sendo plurais como são) como teorias eminentemente objetivistas. Tal objetivismo metodológico, como foi demonstrado, não se sustenta se o quadro básico for levado às últimas consequências e se a pergunta “o que é o direito” for de interesse meramente filosófico ou conceitual. Disso não se tira, contudo, que se está defendendo aqui o “argumento central” do realismo de Leiter, isso porque acreditamos, com Priel, que os realistas defendiam algo além disso. Há um componente de defesa da tradição do *common law* que os enquadra inclusive em um prisma do objetivismo romântico (lembremos da defesa do *Grand Style*) sobre a adjudicação do direito.⁸⁸

Evitando o dualismo objetivismo-subjetivismo, encontra-se na proposta da hermenêutica da função uma saída não-clássica e pragmática para os problemas de objetividade no direito. Também por isso este artigo serve como uma proposta que busca apresentar aquilo que chamamos de segunda dimensão pragmática da Crítica Hermenêutica do Direito, qual seja, a pragmático-nor-

85 A questão sobre se os realistas conheciam, ou até mesmo se estavam interessados, no debate sobre o *linguistic turn* na filosofia é uma possível agenda de pesquisa para trabalhos futuros, da qual não será discutida aqui.

86 PRIEL, Legal Realism, Legal Positivism, and Determinacy, p. 79–80; 98.

87 Para mais desse debate, cf. *ibid.*

88 A partir de seus textos, é possível dizer que Priel não concordaria com nosso argumento sobre o objetivismo dos realistas e insistiria que tais autores, mormente Frank e Llewellyn, são teóricos mais incompreendidos ainda. A aproximação que Priel faz dos realistas com Dworkin no texto “Making Sense of Nonsense Jurisprudence” demonstra exatamente isso.

mativa, que se utiliza dos aportes substantivos de Fuller (que sustentam uma fundamentação da legitimidade social do direito, sem fazer uso do objetivismo romântico dos realistas) e da semântica pragmática de Brandom, a qual nos parece ser o que mais sofisticado se há no momento em termos de trabalho em filosofia da linguagem, com evidentes repercussões normativas, como a do aumento da legitimidade política de decisões que se fundamentem a partir do poder de agência de atores sociais que dão e exigem razões a partir dos compromissos e autorizações assumidas pela comunidade de interpretes de um mesmo sistema jurídico.

REFERÊNCIAS

BRANDOM, Robert. A Hegelian Model of Legal Concept Determination: The Normative Fine Structure of the Judges' Chain Novel. *In: HUBBS, Graham; LIND, Douglas (Orgs.). Pragmatism, Law, and Language*. New York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2014, p. 19–39. (Routledge studies in contemporary philosophy, 53).

BRANDOM, Robert. *Making It Explicit: Reasoning, Representing, and Discursive Commitment*. 4. ed. Cambridge, Mass: Harvard Univ. Press, 2001.

BRANDOM, Robert. *Perspectives on Pragmatism: Classical, Recent, and Contemporary*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2011.

BRANDOM, Robert. *Reason in Philosophy: Animating Ideas*. Harvard Univ. Press. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard Univ. Press, 2013.

BÜLOW, Oskar. *Gesetz und Richteramt*. 1st ed. Berlin: Duncker & Humblot, 2013. (Duncker & Humblot reprints).

BUSTAMANTE, Thomas. Fish versus Dworkin: A Comparison Between Two Versions of Legal Pragmatism. *In: New Essays on the Fish-Dworkin Debate*. London: Hart Publishing, 2023, p. 259–290. (Law and Practical Reason).

COLEMAN, Jules L. *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Repr. 2008. Oxford: Oxford University Press, 2008. (Clarendon law lectures).

COLEMAN, Jules L.; SHAPIRO, Scott (Orgs.). *Methodology*. *In: The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford ; New York: Oxford University Press, 2002, v. 1.

DECAT, Thiago Lopes. Inferentialist Pragmatism and Dworkin's 'Law as Integrity'. *Erasmus Law Review*, v. 8, n. 1, p. 14–25, 2015.

DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard Univ. Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard Univ. Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass: Harvard Univ. Press, 2001.

FERREIRA, Gabriel. A defense of an inferentialist historiography of philosophy: commitments, incompatibilities, and entitlements. *Trans/Form/Ação*, v. 47, n. 3, p. e0240060, 2024.

FRANK, Jerome. Book Review. *Yale Law Journal*, v. 40, p. 1120–1123, 1931.

FRANK, Jerome. Cardozo and the Upper-Court Myth. *Law and Contemporary Problems*, v. 13, n. 2, p. 369–390, 1948.

FRANK, Jerome. *Law & the Modern Mind*. New Brunswick: Routledge, 2009.

FRIEDMAN, Michael. *A Parting of the Ways: Carnap, Cassirer, and Heidegger*. Chicago: Open Court, 2000.

FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. New Haven, CT: Yale University Press, 2000.

GADAMER, Hans-Georg; WEINSHEIMER, Joel; MARSHALL, Donald G. *Truth and Method*. First paperback edition. translation revised by Joel Weinsheimer and Donald G. Marshall. London: Bloomsbury, 2013. (The Bloomsbury revelations series).

GARDNER, John. *Law as a Leap of Faith: Essays on Law in General*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

GARDNER, John. Legal Positivism: 5½ Myths. *The American Journal of Jurisprudence*, v. 46, n. 1, p. 199–227, 2001.

GENY, François; SALEILLES, Raymond. *Méthode D'interprétation Et Sources En Droit Privé Positif: Essai Critique*. Reproduction en fac-similé. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2016. (Anthologie du droit).

GLENNON, Robert Jerome. *The Iconoclast as Reformer: Jerome Frank's Impact on American Law*. Ithaca: Cornell University Press, 1985.

GOYARD-FABRE, Simone. *La philosophie du droit de Montesquieu*. Paris: C. Klincksieck, 1973.

GREEN, Leslie. Jurisprudence for Foxes. *Transnational Legal Theory*, v. 3, n. 2, p. 150–160, 2012.

HART, H. L. A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford [Oxfordshire] : New York: Clarendon Press ; Oxford University Press, 1983.

HART, H. L. A. *The Concept of Law*. Third edition. Oxford: Oxford University Press, 2012. (Clarendon law series).

HEIDEGGER, Martin. *Being and Time*. Malden, MA.: Blackwell Publishing, 2007.

HEIDEGGER, Martin. Nietzsche. 1/2: The will to power as art. The eternal recurrence of the same. *In*: Repr., 3. pr. San Francisco: Harper, 1993.

HEIDEGGER, Martin; MCNEILL, William. *Introduction to Philosophy*. Bloomington (Ind.): Indiana University press, 2024. (Studies in continental thought).

HIMMA, K. Judicial Discretion and the Concept of Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 19, n. 1, p. 71–82, 1999.

KELSEN, Hans. *Pure Theory of Law*. Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange, 2009.

KRAMER, Matthew H. *In Defense of Legal Positivism: Law Without Trimings*. Reprint. Oxford: Oxford Univ. Press, 2007.

LEITER, Brian. Explaining Theoretical Disagreement. *University of Chicago Law Review*, v. 76, n. 3, p. 1.215, 2007.

LEITER, Brian. Legal Positivism as a Realist Theory of Law. *In*: SPAAK, Torben; MINDUS, Patricia (Orgs.). *The Cambridge Companion to Legal Positivism*. 1. ed. [s.l.]: Cambridge University Press, 2021, p. 79–102. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/product/identifier/9781108636377%23CN-bp-4/type/book_part>. Acesso em: 17 fev. 2026.

LEITER, Brian; GREEN, Leslie (Orgs.). The Standard Picture and Its Discontents. *In*: GREENBERG, Mark (Ed.). *Oxford Studies in Philosophy of Law*. Oxford: [s.n.], 2011, v. 1, p. 39–106.

LLEWELLYN, Karl N. American Common Law Tradition, and American Democracy. *Journal of Legal and Political Sociology*, 1942.

LLEWELLYN, Karl N. One “Realist’s” View of Natural Law for Judges. *Notre Dame Law*, v. 15, n. 3, p. 7–8, 1938.

LLEWELLYN, Karl N. Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound. *Harvard Law Review*, v. 44, n. 8, p. 1222–1264, 1931.

LOSANO, Mario G. *Sistema e struttura nel diritto: vol. 2 – Il novecento*. Milano: Giuffrè, 2002.

MACINTYRE, Alasdair C. *After Virtue: A Study in Moral Theory*. 3rd ed. Notre Dame, Ind: University of Notre Dame Press, 2007.

MARMOR, Andrei. Positive law and objective values. Oxford; New York: Clarendon Press, 2001.

MENAND, Louis. The Metaphysical Club. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2001.

MURPHY, Colleen. Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law. *Law and Philosophy*, v. 24, n. 3, p. 239–262, 2005.

NIETZSCHE, Friedrich; DEL CARO, Adrian. Thus spoke zarathustra: a book for all and none. Reprint with corrections. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2012. (Cambridge texts in the history of philosophy).

POUND, Roscoe. The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence. I. Schools of Jurists and Methods of Jurisprudence. *Harvard Law Review*, v. 24, n. 8, p. 591–619, 1911.

PRIEL, Dan. Law Is What the Judge Had for Breakfast: A Brief History of an Unpalatable Idea. *Buffalo Law Review*, v. 68, n. 3, p. 899–930, 2020.

PRIEL, Dan. Legal Realism, Legal Positivism, and Determinacy. *American Journal of Jurisprudence*, v. 71, 2026. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=5532382>>.

PRIEL, Dan. Making Sense of Nonsense Jurisprudence. Osgoode Hall Law School Legal Studies Research Paper Series, 2020. Disponível em: <<https://www.ssrn.com/abstract=3696933>>. Acesso em: 21 ago. 2025.

PRIEL, Dan. The Misguided Search for the Nature of Law. 2015. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/abstract=2642461>>. Acesso em: 12 fev. 2026.

PRIEL, Dan. The Myth of Legal Realist Skepticism. Osgoode Hall Law School Legal Studies Research Paper Series, 2022. Disponível em: <<https://www.ssrn.com/abstract=4142277>>. Acesso em: 21 ago. 2025.

PRIEL, Dan. The Political Theories of the Legal Realists. 2025. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=5455254>>. Acesso em: 18 fev. 2026.

PRIEL, Dan. Were the Legal Realists Legal Positivists? *Law and Philosophy*, v. 27, n. 4, p. 309–350, 2008.

RAZ, Joseph. Engaging Reason: On the Theory of Value and Action. New York, NY: Oxford Univ. Press, 1999.

RAZ, Joseph. Legal Principles and the Limits of Law. *Yale Law Journal*, v. 81, p. 823–854, 1972.

REBELO, Victor Bianchini. A pena é uma poderosa espada: O contextualismo linguístico de Quentin Skinner e a questão do método na historiografia (jurídi-

ca). São Paulo, SP: Editora Juspodivm, 2024. (Hermenêutica, Teoria do Direito e Argumentação),

SEARLE, John R. *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

SELLARS, Wilfrid. *Empiricism and the Philosophy of Mind*. 4. edn. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2003.

SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 2013.

STEIN, Ernildo. *Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2022.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Novos Estudos Jurídicos*, v. 15, n. 1, p. 158–173, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Precedentes Judiciais e Hermenêutica*. 7. ed. São Paulo, SP: Editora Juspodivm, 2025.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

SUGARMAN, David. Hart Interviewed: H.L.A. Hart in Conversation with David Sugarman. *Journal of Law and Society*, v. 32, n. 2, p. 267–293, 2005.

TAMANAHA, Brian Z. *Beyond the Formalist-Realist Divide: The Role of Politics in Judging*. Princeton, N.J: Princeton University Press, 2010.

VETÖ, Miklós. *La Naissance De La Volonté*. Paris: L'Harmattan, 2002. (Collection L'ouverture philosophique). *American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*. *Georgia Law Review*, v. 11, n. 5, p. 969–989, 1977.

Recebido em: 06/05/2026

Aprovado em: 02/07/2026

FIXED PRICE ESTIMATES IN RUSSIAN LAW AND LUMP-SUM CONTRACTS IN SINGAPORE LAW: A COMPARATIVE LEGAL ANALYSIS IN THE CONTEXT OF PUBLIC PROCUREMENT

ORÇAMENTOS A PREÇO FIXO NO DIREITO RUSSO E CONTRATOS LUMP-SUM NO DIREITO DE SINGAPURA: UMA ANÁLISE JURÍDICA COMPARADA NO CONTEXTO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

MARIA ALEKSANDROVNA ANDRIANOVA¹

GALINA ALEKSANDROVNA PAKERMAN²

ABSTRACT

The objective of this research is to conduct a comparative legal analysis of fixed price estimate concepts in Russian law and lump-sum contracts in Singapore's legal system as applied to public procurement of construction works. The presented study is based on comprehensive application of comparative law methods, functional analysis of legal institutions, and examination of judicial and arbitration practice in Russia, Singapore, and international arbitrations. As a result of the conducted work, fundamental differences between these legal constructions have been identified, affecting core issues of risk distribution, pricing, and legal regulation. The authors have demonstrated that mechanical translation of the term "lump-sum" into Russian as "fixed estimate" creates false perceptions about the legal nature of these institutions. It appears that the research results can be utilized in preparing international construction contracts, resolving disputes in international arbitration, and improving national legislation on public procurement.

KEYWORDS: fixed price estimate. lump-sum contract. comparative law. public procurement. construction contracts. international contracts.

RESUMO

O objetivo desta pesquisa é realizar uma análise jurídica comparada dos conceitos de orçamento a preço fixo no direito russo e dos contratos lump-sum (empreitada por preço global) no sistema jurídico de Singapura, aplicados às contratações públicas de obras de construção civil. O estudo apresentado baseia-se na aplicação abrangente de métodos de direito comparado, na análise funcional de institutos jurídicos e no exame da prática judicial e arbitral na Rússia, em Singapura e em arbitragens internacionais. Como resultado do trabalho, foram identificadas diferenças fundamentais entre essas construções jurídicas, as quais afetam questões centrais de distribuição de riscos, precificação e regulamentação jurídica. Os autores demonstraram que a tradução mecânica do termo "lump-sum" para o russo como "orçamento fixo" cria falsas percepções sobre a natureza jurídica desses institutos. Entende-se que os resultados da pesquisa podem ser utilizados na elaboração de contratos internacionais de construção, na resolução de controvérsias em arbitragem internacional e no aprimoramento da legislação nacional sobre contratações públicas.

PALAVRAS-CHAVE: orçamento a preço fixo. contrato lump-sum. direito comparado. contratações públicas. contratos de construção. contratos internacionais.

1 PhD in Law, Associate Professor MGIMO University. E-mail: m.andrianova@inno.mgimo.ru

2 PhD in Law, Associate Professor MGIMO University. E-mail: galina.pakerman@gmail.com.
ORCID: 0000-0003-3957-213X

INTRODUCTION

In the context of developing international trade and increasingly complex transboundary economic relations, studies conducted using comparative law methods acquire particular relevance. The globalization of the construction industry and the growth of international public-private partnership projects necessitate in-depth analysis of differences between national legal traditions in the sphere of contractual regulation.

The problem of interpreting the lump-sum category, traditionally applied in construction contracts structured under English law, has come into the focus of scholarly attention. The literal translation of this term as “fixed estimate” creates an erroneous impression about the essence of the agreement between parties and fails to account for conceptual differences between continental and Anglo-Saxon legal traditions.

English construction contracts typically provide for one of three different types of pricing conditions: lump-sum (the contractor undertakes to perform works for a pre-agreed fixed sum regardless of actual costs), cost-plus (the client reimburses the contractor for incurred expenses plus additional remuneration), and remeasurement contract (payment according to pre-agreed rates with subsequent confirmation by actual volumes).

The Russian fixed estimate corresponds more closely to the third variant of price agreement, where the initially established price is subject to confirmation by actual expenses, which in turn are subject to payment.

The classical fixed estimate in relations between private parties, when applied to construction for state needs, receives substantial supplementation in the form of requirements under Federal Law No. 44-FZ of April 5, 2013 “On the Contract System in the Procurement of Goods, Works, and Services to Meet State and Municipal Needs”.

According to Article 709 of the Civil Code of the Russian Federation, the price of work to be performed is established in a construction contract. The price may be approximate or fixed, with the Civil Code establishing a presumption of fixed price.

Under Article 710 of the Civil Code of the Russian Federation, in cases where the contractor’s actual expenses proved to be less than those considered in determining the work price, the contractor retains the right to payment for works at the price provided for in the construction contract, unless the client proves that the contractor’s savings affected the quality of the performed works.

According to Article 710 of the Civil Code of the Russian Federation, the arithmetic difference between the contract price and the cost of actually performed works, arising from reduced work volumes compared to the contractual

volume, use of fewer materials, or replacement of materials and equipment with cheaper analogues, cannot be considered as contractor's savings.

This research is based on comprehensive application of comparative law methods that allow identification of fundamental differences between continental and Anglo-Saxon legal traditions in the sphere of construction contracting.

Comparative analysis of Russian civil law doctrine regarding fixed prices and international standards of lump-sum contracting reveals not only terminological differences, but also profound conceptual divergences in understanding the nature of pricing obligations.

The functional method of comparison, proposed by K. Zweigert and H. Kötz in their classical work "An Introduction to Comparative Law in the Field of Private Law"³, allows overcoming formal differences in legal constructions and focusing on analysis of mechanisms for achieving economic efficiency and fair risk distribution between parties to international construction contracts.

Interpretation of international contract terms requires application of hermeneutic principles developed in the works of Hans-Georg Gadamer and adapted for legal practice⁴. The meaning of contractual provisions must be revealed not only through literal reading of the text, but also through understanding of the cultural-legal context in which the parties' intentions were formed.

The principle of "horizon of understanding", as applied to international construction contracts, means the necessity of considering both Russian traditions of state control over budget expenditures and Singaporean principles of professional autonomy and self-regulation in the construction industry.

DOCTRINAL FOUNDATIONS OF LEGAL REGULATION

The lump-sum concept is absent in Russian law and has been translated in international contracts as "fixed price" without accounting for conceptual differences in definitions. Analysis of the content of these concepts reveals serious divergences in terms of the sequence of parties' actions during work performance, as well as assessment of the legitimacy of counterparties' actions.

Russian Civil Law Tradition

Historical Development of the Fixed Price Concept

The concept of "fixed price" in Russian law has deep historical roots, tracing back to pre-revolutionary works of G.F. Shershenevich, who in his "Textbook of Commercial Law" (1919) noted that a contract price, once estab-

3 KÖTZ, H.; ZWEIGERT, K. An Introduction to Comparative Law in the Field of Private Law: Foundations. Translated from German. Vol. 1. Moscow: Mezhdunar. otnosheniya, 1995. 480 p.

4 See, for example: GADAMER, H.-G. Truth and Method: Fundamentals of Philosophical Hermeneutics. Moscow: Progress, 1988. 704 p.

lished, cannot be arbitrarily changed by one of the parties⁵. This idea received further development in Soviet civil law through the works of I.B. Novitsky and L.A. Lunts, who laid the foundations for modern understanding of the principle of stability of contractual obligations.

Contemporary Braginskiy-Vitryanskiy Doctrine

The fundamental work of M.I. Braginskiy and V.V. Vitryanskiy “Contract Law”⁶ represents not merely a systematization of legal norms, but a philosophy of contractual relations based on the following principles:

- principle of autonomy of will – parties are free to determine contract terms within the framework that does not contradict law and foundations of legal order;
- principle of equivalence – contractual obligations must ensure a fair balance of parties’ interests;
- principle of stability – a concluded contract represents “law for the parties,” which can be changed only in exceptional cases.

With regard to fixed prices, the Braginskiy-Vitryanskiy doctrine identifies three levels of price stability protection: primary protection – contractual establishment of price immutability (Article 709 of the Civil Code); secondary protection – legally limited exceptions (Article 451 of the Civil Code); tertiary protection – judicial protection from unilateral changes.

It should be noted that mandatory norms serve as limiters of contractual freedom, and their combination with contract provisions may alter the parties’ original intentions. Courts and arbitrations typically apply mandatory norms of the country of the court or arbitration, however, application of mandatory norms of contracting parties’ countries or third countries is possible depending on the situation.

Development of Doctrine in Works of Contemporary Russian Civil Law Scholars

A.G. Karapetov in his monograph “Freedom of Contract and Its Limits” develops the concept of “economic rationality” of contractual terms, according to which fixed price performs the function of incentivizing contractors toward efficient resource management and innovative activity⁷.

5 SHERSHENEVICH, G. F. Textbook of Commercial Law. Moscow, 1994.

6 BRAGINSKIY, M. I., VITRYANSKIY, V. V. Contract Law. General Provisions. 3rd ed., stereotyped. Moscow: Statut, 2001. Book 1. 848 p.; BRAGINSKIY, M. I., VITRYANSKIY, V. V. Contract Law. Contracts for Performance of Works and Provision of Services. Rev. and enl. ed. Moscow: Statut, 2002. Book 3. 1055 p.

7 KARAPETOV, A. G.; SAVELIEV, A. I. Freedom of Contract and Its Limits: in 2 vols.

Contemporary domestic and foreign doctrine emphasizes that the principle of fixed price immutability manifests the broader principle of protecting parties' legitimate expectations, which forms the foundation of civil law stability⁸.

International Lump-Sum Doctrine

FIDIC as Architect of International Standards

The International Federation of Consulting Engineers (FIDIC) has been shaping standards of international construction contracting for more than a century. The evolution of FIDIC conditions reflects the development of the global construction industry from simple contracting relationships to complex public-private partnership projects.

The FIDIC Silver Book (Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects) represents the quintessence of international experience in lump-sum contracting. Its philosophy is based on the principle of “single point responsibility”, according to which the contractor assumes full responsibility for design, equipment supply, and construction under conditions of guaranteed payment by the client of the price stipulated in the contract.

As key principles of the FIDIC Silver Book, we can identify:

- comprehensive risk allocation – the contractor bears responsibility for all risks, except those expressly stipulated in the contract;
- fixed price certainty – the client receives price certainty when planning financial flows;
- time certainty – clear completion deadlines with a system of liquidated damages for delays;
- performance guarantee – a comprehensive system of quality and performance guarantees.

American Model

The American Institute of Architects (AIA) and the Associated General Contractors of America (AGC) have developed an alternative model of lump-sum contracts based on “design-bid-build” and “design-build” principles. Their approach is characterized by greater flexibility in matters of changing work volumes while maintaining the principle of base price fixity.

Moscow: Statut, 2012. Vol. 2: Limits of Freedom in Determining Contract Terms in Foreign and Russian Law. 453 p.

8 See in more detail: Problems of Construction Law: collection of articles / I.R. Abdullin, L. Oktay-kyzy Alaskarova, G.A. Aleksandrov et al.; comp. and ed. N.B. Shcherbakov. Moscow: Statut, 2022. Issue 1. 330 p.; BAILEY, J. Construction Law. Informa law. Oxon, 2011. 1884 p.

German Tradition

German construction regulations (Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen - VOB) represent an example of a highly technological approach to construction pricing. VOB/B establishes a detailed system for calculating price changes when modifying projects, based on the principle of “performance equivalence”.

Synthesis of Legal Traditions

Comparative analysis of various legal traditions allows identification of universal principles of lump-sum contracting:

- principle of predictability means that all legal systems strive to provide parties with the ability to forecast financial obligations;
- principle of fair risk distribution – risks should be borne by those parties better able to manage them;
- principle of efficiency implies that contractual mechanisms should stimulate optimal resource utilization;
- principle of protecting the weaker party means the necessity of preventing abuse of contractual freedom.

Analysis of Preconditions for Concluding Lump-Sum Contracts

The main preconditions for parties concluding contracts under lump-sum conditions using the PSSCOC form include the following:

Lump-sum contracts are most widespread in construction in Singapore, using the standard Public Sector Standard Conditions of Contract (PSSCOC) form for government projects;

Lump-sum contracts are the most common form of fixed-price contracts for the volume of work outlined in the client’s technical specifications; risks of cost overruns due to changes in work volume and costs of materials, equipment, machinery, and mechanisms are borne by the contractor.

SPECIAL FEATURES OF LEGAL REGULATION IN THE CONTEXT OF PUBLIC PROCUREMENT

Russian Model of State Control

The Russian public procurement system is characterized by a high degree of regulation and centralized control. Federal Law No. 44-FZ establishes strict requirements for supplier determination procedures, technical specification formation, and contract performance monitoring.

A distinctive feature of the Russian approach is the mandatory conduct of state expertise of project documentation, the results of which may significantly affect work costs. However, current legislation does not contain clear mechanisms for coordinating expertise results with the principle of contract fixed price.

Singaporean Model of Professional Self-Regulation

Singapore's public procurement system is built on principles of professional competence and construction industry self-regulation. The Building and Construction Authority (BCA) exercises general regulation but does not interfere in commercial aspects of contractual relations.

The standard PSSCOC form provides parties with significant autonomy in determining contract performance conditions, while state requirements are predominantly technical in nature and do not affect pricing conditions.

INTERNATIONAL ARBITRATION PRACTICE ON LUMP-SUM CONTRACTS

Leading Precedents in Lump-Sum Contracts

The ICSID arbitration award in LSG Building Solutions GmbH and others v. Romania (Case No. ARB/18/19, Award of February 20, 2024)⁹ can be considered a precedent in the field of lump-sum contract interpretation. The tribunal formulated the following fundamental principles:

- presumption of risk acceptance (a lump-sum contract creates a presumption that the contractor has assumed the risk of cost changes unless expressly excluded);
- strict interpretation (exceptions from the fixed price principle must be interpreted restrictively);
- commercial reasonableness (any price changes must correspond to principles of commercial reasonableness).

In one case considered by LCIA, governmental expertise demanded reduction of EPC contract price based on “inflated costs”. The tribunal, applying English law, ruled:

“Government interference in commercial contracts must be strictly limited to cases explicitly provided for in the contract itself. Unilateral governmental requirements cannot alter contractual price without the contractor's consent, unless such mechanism is clearly contemplated by the parties”¹⁰.

9 Electronic resource. Available at: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw182052.pdf> (accessed: 27 June 2025).

10 LCIA Case (confidential, 2018) – «Government Expertise Interference» (award on file with

Contemporary Trends in International Arbitration Practice

Contemporary international arbitration practice consistently develops principles of interpreting lump-sum contract conditions in the context of state regulation. The Singapore International Arbitration Centre (SIAC) adheres to the practice that local regulatory requirements cannot automatically change the price agreed upon by parties without their mutual consent, unless such possibility was expressly provided for when concluding the contract.

The Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC) also develops the doctrine of protecting legitimate expectations in international construction contracts. According to established arbitration practice, contractors have the right to expect receipt of the agreed price upon condition of proper performance of obligations.

RUSSIAN JUDICIAL PRACTICE

Information Letter No. 51 of the Presidium of the Higher Arbitration Court of the Russian Federation dated January 24, 2000, “Review of Practice in Resolving Construction Contract Disputes”, laid the foundations for contemporary understanding of fixed price in Russian judicial practice. The court established that fixed price represents a special contractual mechanism of risk distribution, whereby the contractor assumes the risk of work cost increases in exchange for guaranteed receipt of agreed remuneration.

Fixed price can be changed only by agreement of the parties or in cases expressly provided by law. Conducting state expertise by itself is not grounds for unilateral change of contract fixed price¹¹.

In the Decision of the Supreme Court of the Russian Federation No. 308-ES22-12238 dated July 4, 2022, in case No. A53-14770/2020, the Court analyzed questions of the relationship between state expertise and the fixed price principle, concluding that state expertise aims to verify project documentation compliance with technical regulations and may serve as grounds for revising the price agreed upon by parties in the direction of increase. A similar approach is contained in Decisions of the Supreme Court of the Russian Federation No. 304-ES25-1788 dated April 3, 2025, in case No. A45-24995/2023, and No. 303-ES23-5557 dated May 10, 2023, in case No. A51-11703/2022.

the authors).

11 BIRYUKOV, S. N. Contract Practice in the Defense Procurement Sphere. Defense Industrial Complex: Legal Issues, no. 5, 2020, pp. 31-38.

PRACTICAL ASPECTS OF APPLYING DIFFERENT PRICING MODELS

Risk Analysis and Distribution

The main difference between Russian fixed estimates and international lump-sum contracts lies in risk distribution principles. In the Russian model, the contractor bears the risk of work cost increases but retains the right to price adjustment when project solutions or client requirements change. In lump-sum contracts, the contractor assumes practically all commercial risks of the project.

Impact of Regulatory Changes

Different approaches to construction activity regulation create unequal conditions for contract performance. In Russian jurisdiction, changes in technical regulation may serve as grounds for price revision, while in Singaporean practice such changes are considered part of entrepreneurial risk.

CONCLUSION

The conducted comparative legal analysis allows the authors to draw the following conclusions.

First, Russian fixed estimates and international lump-sum contracts represent different legal institutions with fundamentally different approaches to risk distribution and pricing.

Second, mechanical translation of “lump-sum” as “fixed estimate” creates false perceptions about the legal nature of these institutions and may lead to practical problems in implementing international projects.

Third, the Russian model of state control presupposes active interference in pricing, while the Singaporean system is based on principles of professional self-regulation.

Fourth, international arbitrations consistently protect the principle of price immutability in lump-sum contracts, limiting possibilities of governmental interference in commercial relations.

Fifth, when concluding international construction contracts, it is necessary to clearly define applicable law and dispute resolution mechanisms, as well as provide for special procedures for coordinating changes necessitated by national legislation requirements.

It appears that further research in this area should be directed toward developing unified approaches to interpreting pricing conditions in international construction contracts and creating effective mechanisms for protecting the interests of all participants in the construction process.

REFERENCES

- BAILEY, J. Construction Law. Informa law. Охон, 2011. 1884 p.
- BRAGINSKIY, M. I.; VITRYANSKIY, V. V. Договорное право. Общие положения. 3. ed. Moscow: Statut, 2001. v. 1. 848 p.
- BRAGINSKIY, M. I.; VITRYANSKIY, V. V. Договорное право. Договоры о выполнении работ и оказании услуг. Moscow: Statut, 2002. v. 3. 1055 p.
- BIRYUKOV, S. N. Контрактная практика в сфере ГОЗ. Оборонно-промышленный комплекс: вопросы права, п. 5, р. 31-38, 2020.
- GADAMER, H.-G. Истина и метод. Основы философской герменевтики. Moscow: Progress, 1988. 704 p.
- KARAPETOV, A. G.; SAVELIEV, A. I. Свобода договора и ее пределы. Moscow: Statut, 2012. v. 2. 453 p.
- LSG BUILDING SOLUTIONS GMBH AND OTHERS v. Romania. ICSID Case No. ARB/18/19. Award, Feb. 20, 2024. Available at: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw182052.pdf>. Accessed: 27 June 2025.
- RUSSIA. Russian Federation. Federal Law No. 44-FZ of April 5, 2013. On the contract system in the procurement of goods, works, services to meet state and municipal needs.
- RUSSIA. Presidium of the Higher Arbitration Court. Information Letter No. 51 of January 24, 2000. Review of practice in resolving disputes under construction contracts.
- RUSSIA. Supreme Court. Decision No. 308-ES22-12238 of July 4, 2022, case No. A53-14770/2020.
- RUSSIA. Supreme Court. Decision No. 304-ES25-1788 of April 3, 2025, case No. A45-24995/2023.
- RUSSIA. Supreme Court. Decision No. 303-ES23-5557 of May 10, 2023, case No. A51-11703/2022.
- SHCHERBAKOV, N. B. (ed.). Проблемы строительного права: сборник статей. Moscow: Statut, 2022. v. 1. 330 p.
- SHERSHENEVICH, G. F. Учебник торгового права. Moscow, 1994.
- ZWEIGERT, K.; KÖTZ, H. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: Основы. Moscow: Mezhdunar. otnosheniya, 1995. v. 1. 480 p.

PERSPECTIVA DE GÊNERO NO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO E CANADENSE¹

GENDER PERSPECTIVE IN THE BRAZILIAN AND CANADIAN JUSTICE SYSTEM

MARINA NEBLINA ORRICO ROCHA²CAMILO NEGRI³

RESUMO

Este artigo analisa os mecanismos de incorporação da perspectiva de gênero nos sistemas de justiça do Brasil e do Canadá. A partir de um marco teórico que articula a Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann, a crítica feminista interseccional e as metodologias feministas do direito, investiga-se como fatores externos (movimentos sociais) e internos (autopoiese, permeabilidade institucional, cultura jurídica) explicam diferentes graus de adoção das lentes de gênero dentro do Sistema de Justiça. O estudo comparado revela que, enquanto no Canadá a presença de instrumentos normativos constitucionais na *Charter of Rights and Freedoms* e a atuação de associações jurídicas feministas criam condições favoráveis para a incorporação, ainda persistem tensões como a assimilação de perspectivas feministas em instituições masculinizadas e das lentes de gênero em áreas técnicas como a do direito econômico. No Brasil, observamos que a mudança acontece a partir de protocolos normativos e de uma transformação cultural no Judiciário, com dados recentes do Banco de Sentenças do CNJ revelando aplicação ainda concentrada na Justiça Estadual e em temas penais. Con-

ABSTRACT

This article analyzes the mechanisms for incorporating a gender perspective into the justice systems of Brazil and Canada. Drawing on a theoretical framework that articulates Luhmann's Social Systems Theory, intersectional feminist critique, and feminist legal methodologies, the study investigates how external factors (social movements) and internal factors (autopoiesis, institutional permeability, legal culture) explain different degrees of adoption of gender lenses within the justice system. The comparative study reveals that, while in Canada the presence of constitutional normative instruments in the Charter of Rights and Freedoms and the work of feminist legal associations create favorable conditions for incorporation, tensions persist, such as the assimilation of feminist perspectives into masculinized institutions and the application of gender lenses in technical areas such as economic law. In Brazil, we observe that change occurs through normative protocols and a cultural transformation within the judiciary, with recent data from the CNJ's Sentencing Database revealing that application remains concentrated in State Courts and in criminal

- 1 A pesquisa que originou este artigo é parte de um estágio de doutorado-sanduiche realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Ottawa, no Canadá, entre setembro de 2025 e março de 2026, com financiamento da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). O estágio contou com a supervisão acadêmica local e proporcionou acesso a fontes documentais e entrevistas com atores-chave do sistema de justiça canadense, fundamentais para a construção da análise comparativa aqui apresentada. Agradecemos à CAPES pelo apoio institucional, à Universidade de Brasília e à Universidade de Ottawa pela acolhida e pela colaboração intelectual durante o período de pesquisa.
- 2 Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais - Estudos Comparados sobre as Américas (PPGECsA) da Universidade de Brasília (UnB). E-mail: neblinaorrico@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4147-0303>
- 3 Doutor em Ciências Sociais. Professor do Departamento de Gestão de Políticas Públicas da Universidade de Brasília (UnB). E-mail: camilonegri@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1376-3168>

clui-se que a efetiva incorporação das lentes de gênero exige não apenas inovação normativa, mas também uma transformação epistêmica e prática no interior do sistema jurídico, mediada por estratégias feministas de tradução e irritação sistêmica.

PALAVRAS-CHAVE: Gênero. Teoria dos Sistemas. Feminismo Jurídico. Análise Comparada.

matters. We conclude that the effective incorporation of gender lenses requires not only normative innovation but also an epistemic and practical transformation within the legal system, mediated by feminist strategies of translation and systemic irritation.

KEYWORDS: *Gende. Systems Theory. Feminist Legal Theory. Comparative Analysis.*

1. INTRODUÇÃO

O Direito, como fenômeno social, opera simultaneamente como espelho das estruturas de poder e como instrumento de sua reprodução. A afirmação de Ruth Bader Ginsburg⁴ de que “o Direito é um espelho da sociedade, mas também pode ser um martelo para moldá-la” sintetiza essa dualidade: ao mesmo tempo em que reflete desigualdades, possui potencial transformador. Nesse contexto, a incorporação de uma perspectiva de gênero no Sistema de Justiça brasileiro e canadense representa não apenas uma demanda por igualdade substantiva, mas um desafio epistêmico e institucional.

O presente artigo se insere no movimento de consolidação dos estudos empíricos em Direito, movimento que, como observa Machado (2017, p. 5-6), busca “problematizar e investigar as manifestações concretas do fenômeno jurídico” a partir do diálogo com diferentes áreas do conhecimento, como a sociologia, a antropologia e a ciência política. Essa abordagem permite superar a tradicional ruptura entre pesquisa teórica e empírica, qualitativa e quantitativa, compreendendo que “não há pesquisa empírica sem teoria” (MACHADO, 2017, p. 8).

O feminismo tem se aproximado cada vez mais da seara jurídica, estabelecendo com esta uma relação de crítica mútua, mas também de importantes e exitosas parcerias (SILVA, 2019). Segundo Costa e Lerussi (2018), os feminismos jurídicos estão inseridos na “plataforma crítica e rebelde” de lutas feministas desde a década de 1960 como uma resposta crítica ao patriarcado e às desigualdades de gênero historicamente instituídas. Trata-se de um conjunto de conhecimentos heterogêneos, atravessado por diferentes gerações, agendas políticas e marcos institucionais, que questiona criticamente a relação entre a vida das mulheres e demais identificações não hegemônicas, como os LGBTQIA+,

4 Ruth Bader Ginsburg foi uma advogada e juíza norte-americana que serviu como juíza associada da Suprema Corte dos Estados Unidos de 1993 até sua morte em 2020. Dedicou sua carreira ao combate à discriminação de gênero, tornando-se uma das principais advogadas dos direitos das mulheres. Como cofundadora do *Women's Rights Project* da ACLU, argumentou casos históricos perante a Suprema Corte dos EUA que ajudaram a estabelecer a igualdade de gênero na lei.

com o fenômeno jurídico, o direito e as instituições legais (COSTA; LERUSSI, 2018).

As primeiras articulações do feminismo jurídico surgiram na América do Norte, expandiram-se para a Europa e chegaram à América Latina por volta dos anos 1990, onde ganharam novos contornos e particularidades, especialmente no contexto de redemocratização dos países da região (SILVA, 2019). Nas últimas décadas, acadêmicas latino-americanas como Alda Facio Montejó, Gladys Acosta e Lia Zanotta Machado têm contribuído para o debate com pesquisas que ampliam a diversidade e a perspectiva crítica do campo. No Brasil, as lutas feministas irromperam em meados dos anos 1970, em grande parte articuladas com a luta geral pela democracia e impulsionadas pelo intercâmbio internacional de ideias promovido por mulheres exiladas (Machado, 2016). Avanços normativos significativos, como a Lei Maria da Penha (Brasil, 2006) e a Lei do Feminicídio (Brasil, 2015), somaram-se, mais recentemente, à obrigatoriedade de adoção do Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero (Brasil, 2021) pelos tribunais brasileiros, instituída pelo Conselho Nacional de Justiça em 2023 (Brasil, 2023).

No percurso de consolidação da teoria feminista sociojurídica, contudo, resistências específicas se fizeram presentes. Smart (2020) identifica três vertentes que historicamente constituíram obstáculo: a) a letra negra⁵, ou a recusa a qualquer análise teórica externa ao direito; b) a liberal, que considera o viés de gênero já superado; e c) a ativista, que despreza a teorização como supostamente masculina. Para superar essas resistências, a autora propõe ocupar o direito como espaço de conflito e disputa política, sem recusar as conquistas legislativas e institucionais, resistindo, ao mesmo tempo, ao “alcance imperialista do direito”, ou seja, à progressiva judicialização da vida cotidiana, que transfere ao Judiciário a prerrogativa de definir problemas que são, em sua origem, políticos e sociais (SMART, 2020).

Nesse cenário, o feminismo jurídico, enquanto produto e produtor da crítica feminista ao direito, tem centrado seu esforço no uso estratégico das leis para a construção da igualdade de gênero, conforme aponta Silva (2018). Superada a fase de denúncia do sexismo no direito, o movimento passou à teorização e à ação concreta no sistema de justiça. Contudo, como adverte Wilson (2004), a mera existência de dispositivos constitucionais que asseguram formalmente a igualdade de direitos entre homens e mulheres não traduz, por si só, uma efetiva paridade de gênero. Isso porque, segundo a autora, a tendência predominante tem sido a de limitar-se ao exame abstrato dos textos legais, do qual se extrai a

5 Segundo o tradutor do texto de Smart (2020), “em inglês, *Black Letter Law* é expressão usada para se referir a elementos ou princípios básicos que são amplamente conhecidos e aceitos pela comunidade jurídica. Consiste em regras que podem ser usadas mecanicamente e não levantam questionamentos morais nem discussões.”

conclusão de que as mulheres desfrutam de plena igualdade jurídica. No entanto, quando se amplia o olhar para o funcionamento concreto do sistema jurídico como um todo, revela-se uma realidade bem distinta: a igualdade descrita na lei convive com profundas desigualdades nas práticas institucionais. Diante desse diagnóstico, e em sintonia com o alerta de Silva (2018, p. 92), a proposta do feminismo jurídico vai além da crítica: “a intenção é transformar o direito pela raiz, removendo os entulhos de ordem androcêntrica e patriarcal existentes no seu bojo, com vistas a promover a efetiva igualdade entre os gêneros, sem olvidar de outros marcadores sociais da diferença”.

Ainda que o pensamento jurídico feminista permaneça com baixa difusão nas faculdades de direito da América Latina, mesmo diante da existência de grupos de pesquisa em várias universidades da região (SILVA, 2018), o cenário canadense apresenta trajetória diversa. No Canadá, as faculdades de Direito oferecem disciplinas ligadas à Teoria Feminista Legal e às Perspectivas de Gênero no sistema de justiça e, desde meados dos anos 2000, as mulheres representam mais de 55% das matrículas nos cursos de Direito (STATISTICS CANADA, 2026) e são maioria na Suprema Corte canadense: 5 dos 9 integrantes são mulheres⁶. Essa diferença nos graus de institucionalização acadêmica e de permeabilidade institucional sugere um terreno fértil para a análise comparada entre os dois contextos. As mulheres dominam os cursos de Direito e a advocacia no Brasil, representando respectivamente 50% e 64% dos novos profissionais, conforme dados da OAB, mas a sub-representação feminina nas cortes superiores do país é evidente: no Supremo Tribunal Federal, dos 11 ministros, temos apenas uma mulher⁷ exercendo o cargo de ministra da suprema corte.

Este artigo tem como objetivo analisar comparativamente os processos de incorporação da perspectiva de gênero nos sistemas de justiça do Brasil e do Canadá. Para tanto, mobiliza contribuições da Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann e Gunther Teubner, bem como do pensamento feminista jurídico, como referenciais para compreender os mecanismos de resistência e transformação institucional. Parte-se da hipótese de que a efetiva incorporação da perspectiva de gênero depende da conjugação entre pressão externa dos movimentos sociais e a permeabilidade institucional do sistema jurídico, mediada por estratégias feministas de tradução discursiva e prática.

A relevância do estudo reside na sua contribuição para o debate teórico sobre a transformação do Direito em sociedades marcadas por desigualdades estruturais, bem como na sua utilidade prática para operadores do sistema de justiça comprometidos com a realização da igualdade. A análise comparada entre dois contextos distintos - um do Sul e outro do Norte global - permite

6 Dado de março de 2026.

7 Dado de março de 2026.

identificar padrões comuns e particularidades nos mecanismos de resistência e mudança, iluminando caminhos possíveis para o fortalecimento da agenda feminista no campo jurídico.

2. O DIREITO COMO REFLEXO DAS ASSIMETRIAS SOCIAIS

A tradição sociológica clássica fornece as bases para compreender o Direito como instituição social profundamente marcada pelas relações de poder. Para Durkheim (1999), o Direito cristaliza as formas de solidariedade social, refletindo hierarquias e valores coletivos. Weber (1999) analisa o formalismo jurídico como expressão da racionalidade moderna, que pode operar como barreira à incorporação de demandas substantivas por igualdade. Bourdieu (1989) introduz o conceito de campo jurídico e *habitus*, revelando como a cultura jurídica internalizada pelos operadores do Direito naturaliza visões de mundo patriarcais.

Foucault (1999), por sua vez, demonstra como o poder se exerce através de discursos e práticas jurídicas que produzem verdades e sujeitos. Sua análise da microfísica do poder ilumina como categorias como “mulher” são construídas e reguladas pelo aparato jurídico. Essas contribuições convergem para uma compreensão do Direito como arena de conflito onde se disputam não apenas interpretações legais, mas visões de sociedade.

A Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann (2016) oferece um modelo analítico para compreender a resistência do Direito a mudanças substantivas. Para Luhmann, o Direito é um sistema autopoietico, operacionalmente fechado, que se comunica exclusivamente através do código binário lícito/ilícito. Sua função social primordial é estabilizar expectativas normativas, reduzindo a complexidade do ambiente.

A autopoiese – conceito originalmente biológico adaptado por Luhmann – refere-se à capacidade do sistema de se autorreproduzir a partir de suas próprias operações. No caso do Direito, sentenças produzem recursos que produzem novas sentenças, em um ciclo fechado que filtra demandas externas. O código binário lícito/ilícito opera como um filtro epistemológico: apenas aquilo que pode ser traduzido para essa lógica se torna visível para o sistema.

No entanto, Luhmann reconhece que os sistemas não são isolados. Eles se relacionam através de acoplamentos estruturais, pontos de contato onde um sistema pode irritar outro sem violar sua autopoiese. Teubner (1993) desenvolve essa noção, analisando como conflitos sociais complexos, como as demandas feministas, podem gerar irritações no sistema jurídico que, quando adequadamente traduzidas, levam a transformações internas.

Para Luhmann, o Direito além de se reproduzir comunicativamente, também faz isso mediante uma lógica interna fechada, que exclui terceiras possibilidades e opera por meio da transmissão contínua da normatividade de uma

comunicação a outra. “Autopoiesis significa que um sistema reproduz os elementos, dos quais está constituído, em uma ordem hermético-recursiva, por meio de seus próprios elementos” (LUHMANN, 2016, p. 190 - tradução nossa)⁸. Dessa forma, uma comunicação jurídica (uma sentença) só pode levar a outras comunicações jurídicas (recursos, leis novas), mas não diretamente a uma comunicação religiosa ou de amor. O sistema se autorreproduz: assim, a economia produz transações a partir de transações. O Direito produz normas a partir de normas. A ciência produz artigos a partir de artigos. Eles criam seu próprio mundo interno.

Nesse sentido, a comunicação autopoietica do direito transmite, tanto na vida cotidiana quanto na prática organizada da decisão, a qualidade normativa da comunicação a comunicação, e se reproduz com isso a si mesma. (LUHMANN, 2016, p. 190 - tradução nossa)⁹.

Teubner (1993, p. 45-48) propõe que o Direito também constitui seus próprios elementos em um ciclo normativo. Essa perspectiva é particularmente útil para analisar a incorporação da perspectiva de gênero, pois permite compreender como novos códigos interpretativos, como o Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero do CNJ, podem ser absorvidos pelo sistema sem romper sua autopoiese, desde que traduzidos para a linguagem jurídica.

2.1 FEMINISMO JURÍDICO E INTERSECCIONALIDADE

O feminismo jurídico constitui um campo plural de teorias e práticas comprometidas com a transformação do Direito a partir de uma crítica radical à sua pretensa neutralidade. Suas contribuições são fundamentais para operacionalizar a “tradução” das demandas por igualdade para a linguagem do sistema jurídico.

A pesquisa empírica em direito, como observa Rebecca Lemos Igreja (2017, p. 13-14), tem raízes profundas que remontam aos juristas evolucionistas do século XIX, mas foi posteriormente retomada pelas ciências sociais. No contexto latino-americano, e especialmente no Brasil, essa abordagem tem se mostrado crucial para analisar a efetividade das leis e a garantia de direitos em contextos de profunda desigualdade. Conforme Igreja (2017, p. 14), o feminismo jurídico brasileiro, ao se aproximar da tradição empírica dos estudos socio-jurídicos, reforça seu compromisso com a transformação social. Nesse sentido,

8 *Autopoiesis quiere decir que un sistema reproduce los elementos, de los que está constituido, en un orden hermético-recursivo, por medio de sus propios elementos.* (LUHMANN, 2016, p. 190)

9 *En este sentido la comunicación autopoietica del derecho transmite, tanto en la vida diaria como en la práctica organizada de la decisión, la calidad normativa de la comunicación a la comunicación, y se reproduce con ello a sí misma.* (LUHMANN, 2016, p. 190)

a autora argumenta que a pesquisa empírica permite ir além da crítica abstrata ao sexismo do direito para “promover uma análise mais profunda de processos ou relações sociais”, superando a tradicional ruptura entre pesquisa teórica e empírica e aproximando o direito de outras áreas do conhecimento, como a sociologia e a antropologia.

O conceito de interseccionalidade de Kimberlé Crenshaw (1989) completa o raciocínio ao descrever como sistemas de opressão baseados em gênero, raça, classe e outras categorias se interseccionam, criando experiências únicas de discriminação que não podem ser compreendidas a partir de uma análise fragmentada de cada marcador social isoladamente. No contexto jurídico, a interseccionalidade exige que a análise das desigualdades considere sua natureza consubstancial (KERGOAT, 2010), superando abordagens que tratam gênero e raça como categorias separadas. Essa perspectiva desafia o sistema jurídico de forma particularmente incisiva. Ao revelar que a aplicação da norma pode produzir resultados distintos, e potencialmente discriminatórios, conforme a interseção de marcadores sociais do sujeito, a interseccionalidade tensiona a lógica binária do código lícito/ilícito, exigindo que o sistema incorpore uma análise contextual mais sofisticada. Trata-se, portanto, de uma irritação sistêmica que demanda não apenas a inclusão de novas categorias jurídicas, mas uma verdadeira reorientação do olhar jurisdicional.

Katharine Bartlett (1990) propõe três métodos feministas para a transformação do Direito: (1) *asking the woman question* (perguntar pela questão da mulher), que consiste em examinar como as estruturas jurídicas ignoram experiências femininas; (2) *feminist practical reasoning* (raciocínio prático feminista), que valoriza o contexto e as consequências concretas das decisões; e (3) *consciousness-raising* (conscientização), processo coletivo de validação de experiências que revela padrões de opressão.

Do ponto de vista da teoria dos sistemas, as metodologias feministas propostas por Bartlett (1990) podem ser compreendidas como operações de irritação sistêmica. O “perguntar pela questão da mulher” expõe as cegueiras do código lícito/ilícito ao revelar como conceitos jurídicos aparentemente neutros privilegiam experiências masculinas. O “raciocínio prático feminista” introduz uma lógica substantiva que tensiona o formalismo abstrato do sistema, valorizando contextos e consequências concretas. Por fim, a “conscientização” desafia a pretensão de universalidade do sujeito de Direito ao transformar experiências individuais de discriminação em evidência coletiva de padrões de opressão. Entende-se que essas operações não rompem a autopoiese do sistema jurídico, por não conseguirem violar seu código binário, mas criam perturbações que, quando adequadamente traduzidas, podem gerar novos programas interpretativos e, eventualmente, transformar a própria cultura jurídica.

Lajoie (1997) desenvolve uma metodologia empírica para análise do discurso jurídico, demonstrando como valores e representações sociais - ainda que não explicitamente reconhecidos - influenciam decisões judiciais. Do ponto de vista luhmanniano, essa abordagem opera como uma irritação sistêmica na medida em que expõe a pretensa neutralidade do sistema jurídico e introduz elementos contextuais no processo decisório. Ao revelar que o discurso jurídico é atravessado por valores sociais, Lajoie tensiona a autocompreensão do sistema como puramente autopoietico e fechado, criando perturbações que podem levar à revisão de programas interpretativos. Zaccour e Lessard (2021) aplicam a análise crítica do discurso para desconstruir linguagens jurídicas que perpetuam a violência de gênero.

A partir da perspectiva luhmanniana, as metodologias feministas propostas por Bartlett (1990) e Lajoie (1997) podem ser compreendidas como estratégias de irritação sistêmica. O *asking the woman question* opera como um mecanismo de estranhamento que expõe os pontos cegos do código binário lícito/ilícito diante de desigualdades estruturais. O *feminist practical reasoning* constitui uma tentativa de introduzir no sistema jurídico uma lógica substantiva que contrabalança seu formalismo abstrato. Já o *consciousness-raising* funciona como um processo de validação de experiências que desafia a pretensão de universalidade do sujeito de Direito.

Dessa forma, a proposta de Bartlett (1990) de perguntar pela questão da mulher não é apenas uma crítica política, mas uma operação de irritação que expõe os 'pontos cegos' da autopoiese jurídica. Ao revelar que o Direito ignora experiências femininas sob o manto da universalidade, essa metodologia provoca uma perturbação no sistema que, embora não rompa seu fechamento operacional, exige a criação de novos programas interpretativos - como os protocolos de julgamento - para restaurar a estabilidade normativa. No mesmo sentido, a perspectiva de Lajoie (1997) sobre a influência de valores extrajurídicos atua como um mecanismo de transparência que desmascara a ilusão de um sistema puramente hermético, demonstrando que a tradução feminista é o que permite ao sistema jurídico manter-se minimamente permeável às transformações da sociedade contemporânea.

3. METODOLOGIA

Neste estudo, adotamos uma abordagem qualitativa comparada, baseada em análise documental e revisão bibliográfica crítica. Foram analisados documentos normativos, jurisprudenciais e institucionais dos sistemas de justiça brasileiro e canadense, com foco em instrumentos relacionados à perspectiva de gênero.

A análise foi estruturada a partir do método da observação de segunda ordem proposto por Luhmann (2006), que consiste em observar como o sistema

jurídico observa a si mesmo e ao tema do gênero. Em vez de buscar uma “verdade” sobre a incorporação da perspectiva de gênero, examinam-se as distinções operativas e os padrões comunicativos mobilizados pelos atores jurídicos em cada contexto.

A abordagem qualitativa comparada adotada neste artigo se alinha à tradição da pesquisa empírica em Direito que, como salienta Castro (2017, p. 39-40), busca produzir diagnósticos fundamentados sobre o funcionamento das instituições do sistema de justiça, subsidiando debates sobre reformas e formulação de políticas públicas. A opção pela análise comparada entre Brasil e Canadá segue a lógica do estudo de caso proposta por Machado (2017, p. 361), que consiste em “uma estratégia metodológica de construção de um objeto empírico muito bem definido e específico, potencialmente revelador de aspectos e características de uma problemática”.

A comparação entre Brasil e Canadá foi selecionada devido às diferenças significativas em seus contextos sociais, históricos e institucionais, que permitem identificar variáveis relevantes para a incorporação da perspectiva de gênero. Enquanto o Brasil é uma sociedade periférica marcada por colonialidade, desigualdade extrema e um Judiciário com forte tradição formalista, o Canadá apresenta-se como sociedade central com instituições consolidadas e tradição de ativismo jurídico progressista, apesar de fortemente marcado pelo hermetismo do que eles entendem como independência judicial e por questões coloniais e de migração que acabam por invisibilizar mulheres que não sejam ocidentais, brancas e dentro do escopo societal vigente.

Entre setembro de 2025 e março de 2026, foi realizado trabalho de campo na Faculdade de Direito da Universidade de Ottawa, sob supervisão acadêmica local. A pesquisa empírica consistiu em 10 entrevistas semiestruturadas com atores-chave do sistema de justiça canadense (magistrados e advogados) e levantamento de documentos institucionais de difícil acesso fora do país. Embora nem todos os dados colhidos tenham sido incorporados ao presente artigo, parte do que foi encontrado durante o trabalho de campo orientou a identificação dos caminhos analíticos aqui apresentados, especialmente no que concerne às tensões entre assimilação institucional e transformação estrutural, bem como à dificuldade de implementação da perspectiva de gênero em áreas técnicas do direito.

4. ANÁLISE COMPARADA: BRASIL E CANADÁ

4.1 BRASIL: ENTRE PROTOCOLOS E RESISTÊNCIA CULTURAL

No Brasil, a incorporação da perspectiva de gênero no sistema de justiça tem sido um processo lento, marcado por avanços normativos significativos, mas com algumas resistências culturais e institucionais. Talvez o marco mais

importante tenha sido a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), resultante de mobilização transnacional e pressão do movimento feminista. A lei, além de criar mecanismos específicos para enfrentar a violência doméstica, também introduziu uma concepção de gênero como categoria analítica no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, importante frisar que a sua implementação ainda enfrenta obstáculos relacionados à interpretação restritiva por parte de operadores do Direito ainda influenciados por estereótipos de gênero.

No contexto brasileiro, a capacidade do sistema jurídico de ser irritado por demandas externas por igualdade substantiva tem se manifestado em decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ). O julgamento da constitucionalidade da Lei Maria da Penha (Brasil, 2006) – em que o STF reconheceu o caráter da lei de ação afirmativa destinada a coibir a violência doméstica contra a mulher (BRASIL, 2012) – foi acompanhado, posteriormente, por decisão do STJ que estendeu a qualificadora de violência de gênero às relações homoafetivas entre mulheres. O voto proferido pelo ministro Rogério Schietti, do STJ, ilustra o significado dessas irritações sistêmicas:

A vulnerabilidade presumida pela Lei Maria da Penha não se fundamenta na disparidade de força física entre agressor e vítima, mas na condição estrutural de subordinação a que as mulheres estão submetidas em contextos domésticos, familiares e afetivos, independentemente do gênero de quem perpetra a violência. (BRASIL, 2026)

Para além desses precedentes, o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo (BRASIL, 2011) e a recente equiparação da homofobia e da transfobia ao crime de racismo (BRASIL, 2019) configuram acoplamentos estruturais nos quais o Direito traduz conflitos sociais complexos em normas vinculantes. Tais decisões operam como irritações sistêmicas que compelem o sistema jurídico a superar um formalismo abstrato em prol de uma análise contextualizada, desafiando, assim, a pretensa neutralidade do código lícito/ilícito diante de desigualdades historicamente enraizadas.

Outro importante marco foi quando, em 2023, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tornou obrigatório o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, instrumento detalhado que orienta juízes a considerarem as especificidades de gênero em todos os tipos de processos. O Protocolo representa um esforço institucional para “irritar” o sistema jurídico a partir de dentro, fornecendo ferramentas hermenêuticas concretas para aplicação das lentes de gênero.

Apesar dos avanços, concordamos com Saffioti (2001) e Hirata (2014) que demonstram por meio de estudos empíricos que a cultura jurídica brasileira permanece profundamente marcada pelo patriarcalismo e pelo racismo estrutural. A incorporação da perspectiva de gênero esbarra não apenas em resistências abertas, mas em uma “submissão encantada” (Bourdieu, 1998) aos

padrões androcêntricos, que se manifesta em decisões que vitimizam mulheres, especialmente negras e pobres.

A atuação do movimento feminista tem sido decisiva para pressionar por mudanças. Assim como o LEAF no Canadá, no Brasil coletivos como o CFEMEA – *Centro de Estudos Feministas e Assessoria*, o *Agora é que são elas* e organizações como o *Instituto Patrícia Galvão* atuam por meio do acompanhamento da mídia, elaboração de pesquisas estratégicas e monitoramento da implementação das leis. Contudo, conforme aponta Neves (2020), nas sociedades periféricas como a brasileira, observa-se frequentemente um descompasso entre a semântica progressista das normas e sua efetiva implementação operacional – fenômeno que o autor denomina constitucionalização simbólica.

Estudos empíricos sobre o funcionamento do sistema de justiça brasileiro demonstram, como apontam Ribeiro e Zackeski (2017, p. 324), uma “frouxa articulação” entre suas instituições. Os autores se referem à baixa coordenação sistêmica e ao alto grau de autonomia entre os diferentes ramos e tribunais do Judiciário, o que resulta em decisões descentralizadas e, muitas vezes, contraditórias. Esse cenário impacta diretamente a efetividade das normas, uma vez que políticas institucionais, como a aplicação do Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero, para sua implementação homogênea, dependem de um grau de cooperação interinstitucional que frequentemente não se verifica na prática. Assim, pode-se dizer que essa frouxa articulação do sistema de justiça brasileiro refere-se à baixa coordenação sistêmica e ao elevado grau de autonomia entre os diversos tribunais e ramos do Judiciário. No que tange à perspectiva de gênero, essa fragmentação condiciona a transformação das normas, pois permite que a obrigatoriedade de protocolos do CNJ seja filtrada por resistências locais, resultando em uma aplicação desigual e, por vezes, contraditória, onde avanços obtidos em instâncias superiores não se traduzem necessariamente em mudanças na cultura jurídica da primeira instância.

Embora o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero seja formalmente obrigatório desde a Resolução CNJ n. 492/2023, o que se verifica é que sua aplicação permanece desigual entre os tribunais. Importante colocar que a institucionalização do Protocolo decorreu da condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Márcia Barbosa de Souza e outros vs. Brasil*, que determinou a adoção de um protocolo e a capacitação de todo o sistema de justiça. Em resposta, o Conselho Nacional de Justiça criou, pela Portaria n. 329/2023, um Comitê de Acompanhamento e Capacitação sobre Julgamento com Perspectiva de Gênero e instituiu o Banco de Sentenças e Decisões com aplicação do Protocolo, ferramenta alimentada pelos tribunais para monitoramento da implementação.

A análise dos dados¹⁰ desse banco, no entanto, revela que a aplicação do Protocolo no Brasil é concentrada em determinados ramos da Justiça e em poucos assuntos. Do total de decisões inseridas na plataforma, 16.812 (84,4%) são da Justiça Estadual, enquanto a Justiça do Trabalho responde por 986 (4,9%), a Justiça Federal por 852 (4,3%), a Justiça Eleitoral por 801 (4,0%) e os Tribunais Superiores por apenas 50 (0,3%). Quanto ao conteúdo, as decisões concentram-se majoritariamente em temas de Direito Penal, especialmente aqueles relacionados a crimes contra a dignidade sexual (3.512 decisões), lesão corporal (1.902) e crimes contra a mulher (2.894). Essa distribuição indica que a perspectiva de gênero tem sido aplicada predominantemente em casos de violência de gênero explícita, enquanto permanece marginal em outras áreas do Direito – como Direito Civil, Direito de Família ou Direito Econômico – nas quais estereótipos de gênero também operam, frequentemente de forma mais sutil. Contudo, estudos empíricos indicam que sua implementação ainda enfrenta obstáculos relacionados à interpretação restritiva por parte de operadores do Direito, que permanecem influenciados por estereótipos de gênero.

Pesquisas sobre a aplicação da Lei Maria da Penha revelam que o sistema de justiça, em diferentes instâncias, frequentemente desqualifica o depoimento da vítima com base em noções preconceituosas sobre o comportamento feminino “esperado”. Conforme evidenciado por Pasinato (2010), persistem no sistema de justiça práticas institucionais enraizadas que reproduzem visões estereotipadas acerca do papel da mulher, dificultando a efetivação dos direitos assegurados pela legislação. A autora demonstra que, mesmo após a aprovação da Lei 11.340/2006, operadores do direito seguem aplicando velhos procedimentos e interpretações que desconsideram a vulnerabilidade estrutural das mulheres em contextos de violência doméstica (PASINATO, 2010).

Da mesma forma, Tavares e Campos (2018) identificaram que a concessão e a fiscalização das medidas protetivas ainda esbarram em critérios subjetivos e na ausência de padronização, o que revela a permanência de uma cultura institucional que avalia a palavra da mulher à luz de estereótipos de gênero. As autoras apontam que a credibilidade do relato da vítima é sistematicamente condicionada a juízos morais sobre seu comportamento, comprometendo a efetividade da lei e reproduzindo a impunidade (TAVARES; CAMPOS, 2018). Esse cenário evidencia que a mera existência de um arcabouço normativo avançado não é suficiente para garantir a proteção integral das mulheres, sendo indispensável a transformação das culturas institucionais e a adoção de políticas públicas que assegurem a aplicação contextualizada e não discriminatória da lei.

A resistência cultural à implementação de lentes de gênero no Brasil torna-se ainda mais evidente quando confrontada com a dimensão racial. Embora

10 Dados colhidos em março de 2026.

a Resolução CNJ nº 598/2024 tenha instituído o Protocolo de Julgamento com Perspectiva Racial, sua aplicação prática ainda é embrionária e enfrenta o desafio de romper com o racismo estrutural que naturaliza desigualdades. A persistência dessa resistência manifesta-se no fato de que menos de 5% das decisões do Banco de Sentenças mencionam explicitamente marcadores raciais, indicando que a interseccionalidade, que deveria e poderia ser um pilar da transformação, ainda é tratada como um elemento periférico, e não como a base consubstancial do julgamento justo para mulheres negras e periféricas.

Pode-se citar como exemplo decisões que, ao aplicarem o Protocolo de forma mecânica e descontextualizada, acabam por reproduzir estereótipos de gênero e raciais, tratando mulheres negras como hipersexualizadas ou como sujeitos destituídos de agência, tal como documentado por Saffioti (2001) e Hirata (2014). Apenas a existência do Protocolo, portanto, não é suficiente para superar o racismo estrutural que atravessa o sistema de justiça brasileiro. É necessário que sua aplicação seja acompanhada de formação continuada dos operadores do Direito e de monitoramento sistemático da implementação, com recortes que permitam identificar e corrigir desigualdades raciais na prestação jurisdicional.

4.2 CANADÁ: ENTRE A CHARTER E O ATIVISMO INSTITUCIONAL

O Canadá apresenta um contexto distinto, marcado pela consolidação precoce de instrumentos de proteção de direitos e por uma tradição de ativismo jurídico feminista institucionalizado. A *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1982) constitui o marco fundamental, estabelecendo explicitamente a igualdade entre homens e mulheres e servindo como base para litigância estratégica feminista. A Charter tem sido utilizada de forma sistemática por organizações como a *Women's Legal Education and Action Fund* (LEAF) para questionar leis e, principalmente, práticas discriminatórias dentro do Sistema de Justiça.

A nomeação de Bertha Wilson como primeira mulher na Suprema Corte do Canadá em 1982 simbolizou a abertura institucional às demandas feministas. Embora Wilson tenha relutado em se identificar publicamente como feminista durante toda a sua carreira, suas decisões e o relatório *Touchstones for Change: Equality, Diversity and Accountability* (1993) de sua autoria, feito para a *Canadian Bar Association*, tornaram-se referências para a transformação da cultura jurídica canadense. O relatório diagnosticou de forma abrangente as barreiras enfrentadas por mulheres na profissão jurídica e propôs reformas concretas baseadas nos princípios de igualdade substantiva, diversidade e prestação de contas. Sua definição de feminismo – uma pessoa que acredita que mulheres e homens devem ser participantes iguais na sociedade – tornou-se amplamente aceita no discurso jurídico canadense.

Consideramos que a nomeação de Michelle O'Bonsawin como primeira juíza indígena na Suprema Corte do Canadá em 2022, embora celebrada como um avanço, também expôs as contradições do multiculturalismo jurídico canadense. O tratamento discriminatório que recebeu ao ser chamada de “Pocahontas do Norte” por um advogado durante o intervalo de uma audiência evidencia a persistência de estereótipos coloniais no interior do sistema de justiça. Sua resposta institucional, ao registrar a ofensa nos autos e excluir o advogado de atuar perante ela, demonstra uma estratégia de transformação a partir de dentro, mas também levanta questões sobre os limites da agência individual diante de estruturas coloniais profundamente enraizadas.

A primeira análise das decisões da Suprema Corte do Canadá, associada às entrevistas realizadas com atores do sistema de justiça canadense durante o trabalho de campo, revela que a incorporação da perspectiva de gênero no país se consolidou a partir de um processo de “irritação sistêmica” traduzida em linguagem jurídica. Como observadores de segunda ordem¹¹ (LUHMANN, 2006), o foco recai sobre como as demandas feministas foram codificadas em comunicação jurídica, gerando novos programas interpretativos que administram a irritação sem romper o código binário lícito/ilícito.

A jurisprudência do Canadá sobre igualdade de gênero foi construída com uma base que mantém pilares interligados. O primeiro é a rejeição da igualdade puramente formal pela Seção 15 da Charter. O caso *Andrews v. Law Society of British Columbia* [1989] 1 S.C.R. 143 constitui o marco fundador: a Suprema Corte decidiu que um requisito de cidadania canadense para o exercício da advocacia discriminava injustamente residentes permanentes qualificados, estabelecendo que o propósito da Seção 15 era remediar a situação de “grupos desfavorecidos na sociedade”. A Corte rejeitou explicitamente uma abordagem “cega às diferenças” e abraçou a necessidade de uma análise contextual, que se tornaria o coração da igualdade substantiva, entendida como base da aplicação das lentes de gênero.

O segundo pilar é a análise contextual como ferramenta analítica para o combate a estereótipos. Em *R. v. Lavallee* [1990] 1 S.C.R. 852, a Corte admitiu o testemunho de peritos sobre a “síndrome da mulher agredida” para contextualizar as ações de uma mulher que matou seu parceiro abusivo, reconhecendo que, sem esse contexto social e psicológico, sua conduta poderia ser injustamente julgada contra um padrão centrado no masculino de “razoabilidade”. Mais recentemente, em *R. v. J.J.* (2022), a Suprema Corte anulou a decisão de um tribunal inferior por se basear no desacreditado “mito da queixa recente” – o estereótipo de que uma vítima verdadeira de agressão sexual denunciaria o crime

11 “Por eso, la ciencia necesita de observadores de segundo orden que sean capaces de hacer visible lo que ha permanecido fuera de foco por mera perspectiva”. (LUHMANN, 2006, p. XXXIV)

imediatamente. A Corte entendeu que tal raciocínio era baseado em estereótipo patriarcal preconceituoso, sendo, portanto, inadmissível.

No direito de família, a transformação foi igualmente significativa. Entrevistados do meio jurídico canadense destacaram que, sob a lente da igualdade substantiva, os tribunais passaram a reconhecer as “desvantagens econômicas conjugais” (*compensatory spousal support*), superando a visão arcaica que via a pensão alimentícia como obrigação temporária de “reabilitação”. Isso significa que um cônjuge – geralmente a mulher – que abdicou de sua carreira para dedicar-se aos cuidados da família tem direito a compensação pela perda de potencial de ganhos e pela vulnerabilidade econômica criada pela dinâmica do casamento. Como uma das entrevistadas sintetizou: “a análise contextual da realidade econômica das mulheres substituiu uma aplicação formalista de fórmulas”.

Apesar dos avanços observados, a incorporação da perspectiva de gênero no Canadá está longe de ser homogênea ou isenta de contradições. Backhouse (2008) pontua que a entrada de mulheres no Judiciário canadense frequentemente sugeriu um processo de assimilação às normas androcêntricas da profissão, em detrimento de uma transformação efetiva dessas normas. As entrevistas realizadas confirmaram essa tensão: diversas profissionais relataram que, uma vez inseridas em tribunais superiores ou em áreas consideradas “técnicas”, a adesão explícita à perspectiva de gênero tende a ser silenciada em nome de um discurso de neutralidade e previsibilidade.

Mais recentemente, dados colhidos na pesquisa de campo confirmam que, em casos envolvendo consequências econômicas universais (como litígios tributários ou falimentares), juízes e juízas tendem a abandonar a perspectiva de gênero em nome de um discurso de neutralidade técnica e previsibilidade econômica (ZACCOUR; LESSARD, 2021). Esse fenômeno revela que a perspectiva de gênero é frequentemente tratada como um adendo aplicável apenas a casos envolvendo violência ou discriminação explícita, e não como um pressuposto interpretativo válido para todo o Direito.

As entrevistas realizadas com magistrados e advogados da LEAF aprofundaram essa constatação. Uma das entrevistadas, juíza de tribunal superior, observou que “em casos de direito comercial ou tributário, mencionar explicitamente a perspectiva de gênero pode ser visto como um desvio da expertise técnica, como se justiça social e sofisticação jurídica fossem incompatíveis”. Outra entrevistada, advogada com atuação em litigância estratégica, acrescentou que “o desafio atual não é mais convencer o sistema de que a perspectiva de gênero é relevante em casos de violência – isso está consolidado. É fazer com que ela seja levada a sério em áreas onde o direito se apresenta como puramente técnico e neutro”.

Para os tribunais canadenses, “julgar com uma perspectiva de gênero” é, na prática, a manifestação concreta do princípio da igualdade substantiva em casos em que o gênero é um fator relevante de desvantagem. A igualdade substantiva fornece o mandato constitucional, enquanto a perspectiva de gênero fornece a ferramenta analítica para cumprir esse mandato em um vasto espectro do direito. Contudo, como demonstram tanto a jurisprudência quanto as entrevistas, essa ferramenta analítica encontra limites precisamente onde o sistema jurídico mais se pretende autônomo e técnico, revelando que a transformação epistêmica ainda está em curso.

5. DISCUSSÃO: TRADUÇÃO FEMINISTA COMO ESTRATÉGIA DE MUDANÇA

A análise comparada proposta neste artigo revela padrões comuns e diferenças significativas nos processos de incorporação da perspectiva de gênero nos dois países. Em ambos os contextos, a teoria luhmanniana ajuda a explicar a resistência inicial do sistema jurídico: a lógica binária lícito/ilícito e a auto-poiese criam barreiras epistêmicas à incorporação de demandas complexas por igualdade substantiva.

Contudo, os mecanismos de “irritação” e “tradução” operam de formas distintas. No Canadá, a existência da igualdade substancial na *Charter* e de uma tradição de ativismo jurídico institucionalizado cria acoplamentos estruturais mais estáveis entre o sistema jurídico e os movimentos feministas. A litigância estratégica da LEAF e a atuação de juízas como Wilson e O’Bonsawin funcionam como tradutores eficazes, convertendo demandas feministas em argumentos jurídicos legitimados pelo sistema.

No Brasil, os acoplamentos dependem de instrumentos normativos específicos, como a Lei Maria da Penha e o Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero do CNJ. A constitucionalização simbólica diagnosticada por Neves (2020) manifesta-se no descompasso entre o avanço semântico das normas e sua efetiva implementação. A tradução depende em grande medida da atuação de coletivos feministas internos e externos ao sistema e de uma lenta transformação cultural dentro do Judiciário.

As metodologias feministas propostas por Bartlett (1990) mostram-se particularmente relevantes para operacionalizar a tradução. *Asking the woman question* permite identificar como conceitos jurídicos aparentemente neutros privilegiam experiências masculinas. *Feminist practical reasoning* oferece uma alternativa ao formalismo abstrato, valorizando contextos e consequências. *Consciousness-raising* transforma experiências individuais de discriminação em evidência coletiva de padrões de opressão.

O esforço de tradução das demandas feministas para a linguagem do sistema jurídico pode ser compreendido como um exercício de “teorização funda-

mentada nos dados”, conforme proposto por Cappi (2017, p. 397-398). Trata-se de um método que renuncia à verificação de hipóteses preestabelecidas para “gerar hipóteses, levando à criação de uma proposta teórica – fundamentada na observação da realidade empírica”. Nessa perspectiva, a tradução não consiste em apenas uma transposição de demandas sociais para a linguagem jurídica, mas em um processo de codificação aberta e seletiva no qual as experiências de discriminação são progressivamente convertidas em categorias jurídicas.

A interseccionalidade, por sua vez, revela-se indispensável para uma incorporação efetiva da perspectiva de gênero. Tanto no Brasil quanto no Canadá, mulheres negras, indígenas e imigrantes enfrentam barreiras adicionais quando se trata de perspectiva de gênero no Sistema de Justiça. Protocolos de gênero ou decisões do sistema justiça que não considerem essas interseccionalidades correm o risco de beneficiar apenas mulheres privilegiadas, reproduzindo novas exclusões.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo procurou demonstrar que a incorporação da perspectiva de gênero no Sistema de Justiça é um processo complexo, mediado por fatores estruturais, institucionais e culturais que variam significativamente entre contextos nacionais. A análise comparada entre Brasil e Canadá revelou que, embora ambos os países tenham avançado na adoção de instrumentos normativos e institucionais para promover a igualdade de gênero, os mecanismos de implementação e os graus de efetividade diferem substancialmente.

A teoria dos sistemas de Luhmann e Teubner mostrou-se valiosa para compreender a resistência do Direito a mudanças substantivas, explicando como a autopoiese e o código binário operam como filtros epistemológicos. Contudo, os conceitos de irritação e acoplamento estrutural também iluminam as possibilidades de transformação, especialmente quando mediadas por estratégias do feminismo jurídico.

No Canadá, a combinação entre instrumentos robustos de proteção de direitos, ativismo jurídico institucionalizado e uma cultura jurídica mais permeável criou condições favoráveis para a incorporação da perspectiva de gênero, embora tenhamos observado que essa incorporação é frequentemente abandonada em áreas como o direito econômico. No Brasil, apesar de avanços normativos significativos, a implementação enfrenta obstáculos relacionados ao formalismo jurídico, ao racismo estrutural e à fragilidade dos acoplamentos entre o sistema jurídico e os movimentos sociais. Apesar de obrigatória a aplicação da perspectiva de gênero, não é necessariamente isso que ocorre em todas as decisões judiciais, nas diferentes instâncias.

As contribuições do feminismo jurídico, especialmente a interseccionalidade e as metodologias propostas por Bartlett, Lajoie e outras, mostram-se

indispensáveis para operacionalizar a transformação. Elas oferecem ferramentas para traduzir demandas por igualdade substantiva em linguagem jurídica legítima, ao mesmo tempo em que desafiam os pressupostos androcêntricos do sistema.

A Rede de Estudos Empíricos em Direito aponta para a necessidade de “refletir mais sistematicamente sobre o modo como os métodos discutidos podem beneficiar e ser beneficiados pelas questões colocadas pela reconstrução dogmática de institutos e decisões” (MACHADO, 2017, p. 8). Este estudo buscou responder a esse chamado e abrir caminho para futuras investigações que possam, de forma empírica, acompanhar a implementação da perspectiva de gênero nos tribunais brasileiros e canadenses, considerando a transformação da cultura jurídica.

Para futuras pesquisas, sugere-se: (1) estudos empíricos sobre a implementação do Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero no Brasil; (2) análises comparadas que incluam outros países do Sul global; (3) investigações sobre a formação jurídica e sua relação com a reprodução ou transformação de estereótipos de gênero.

Em última análise, a incorporação efetiva da perspectiva de gênero no sistema de justiça exige não apenas mudanças normativas, mas uma transformação epistêmica que inclui uma reorientação do olhar jurídico para enxergar e enfrentar as desigualdades que seu próprio formalismo frequentemente oculta. Como demonstrado ao longo deste artigo, essa transformação é possível, mas depende da conjugação entre pressão social externa, inovação institucional interna e ferramentas teórico-metodológicas adequadas para traduzir demandas por justiça em práticas jurídicas transformadoras.

REFERÊNCIAS

BACKHOUSE, C. The first women lawyers in Canada. Toronto: University of Toronto Press, 2008.

BARTLETT, K. T. Feminist legal methods. *Harvard Law Review*, v. 103, n. 4, p. 829-888, 1990.

BOURDIEU, P. A força do direito: elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: _____. *O poder simbólico*. Lisboa: Difel, 1989.

BOURDIEU, Pierre. *La domination masculine*. Saint-Amand-Montrond, Éditions du Seuil, 1998, p.15.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero. Brasília: CNJ, 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 492, de 17 de março de 2023. Estabelece a obrigatoriedade de adoção de diretrizes do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero pelo Poder Judiciário. Brasília, DF: CNJ, 2023.

BRASIL. Lei Maria da Penha [Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006]. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Brasília, DF: Presidência da República, 2006.

BRASIL. Lei do Feminicídio [Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015]. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio. Brasília, DF: Presidência da República, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 13 de junho de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4424. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 09 de fevereiro de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. [Decisão sobre a extensão da Lei Maria da Penha a relações homoafetivas]. Relator: Min. Rogério Schietti. Brasília, 2026.

CANADA. Supreme Court of Canada. *Andrews v. Law Society of British Columbia*, 1 S.C.R. 143.

CANADA. Supreme Court of Canada. *R. v. Lavallee*, 1 S.C.R. 852.

CANADA. Supreme Court of Canada. *R. v. J.J.*, 2022 SCC 28.

CANADIAN BAR ASSOCIATION. *Touchstones for Change: Equality, Diversity and Accountability*. Ottawa: CBA, 1993.

CAPPI, R. A teorização fundamentada nos dados: um método possível na pesquisa empírica em direito. In: MACHADO, M. R. (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: REED, 2017.

CASTRO, A. S. O método quantitativo na pesquisa em direito. In: MACHADO, M. R. (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: REED, 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Márcia Barbosa de Souza e outros Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 7 de setembro de 2021.

COSTA, M. H. S.; LERUSSI, C. C. Los feminismos jurídicos en Argentina. Notas para pensar un campo emergente a partir de la década de 1990. *Revista Estudos Feministas*, v. 26, n. 1, p. e41972, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/jvh5w7sQYMZrfrQxSNJ5nF/?lang=es> Acesso: 31/1/2025.

CRENSHAW, K. Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory, and antiracist politics. *University of Chicago Legal Forum*, v. 1989, n. 1, p. 139-167, 1989.

DURKHEIM, É. Da divisão do trabalho social. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, M. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999.

HIRATA, H. Gênero, classe e raça: interseccionalidade e consubstancialidade das relações sociais. *Tempo Social*, v. 26, n. 1, p. 61-73, 2014.

KERGOAT, D. Dinâmica e consubstancialidade das relações sociais. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 86, p. 93-103, 2010.

LAJOIE, A. Jurisprudence et interdisciplinarité: le droit entre langage et connaissance. Montréal: Thémis, 1997.

LEMOIS IGREJA, R. O Direito como objeto de estudo empírico: o uso de métodos qualitativos no âmbito da pesquisa empírica em Direito. In: MACHADO, M. R. (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: REED, 2017.

LUHMANN, N. *La sociedad de la sociedad*. México: Herder, 2006.

LUHMANN, Niklas. El enfoque sociológico de la teoría y práctica del derecho. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, n. 50, p. 185-199, 2016. DOI:

MACHADO, Lia Zanotta. Feminismos brasileiros nas relações com o Estado: contextos e incertezas. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 47, e16471, 2016. DOI: <https://doi.org/10.1590/18094449201600470001>.

MACHADO, Maíra Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

MONTEJO, A. F. *Hacia otra teoría del derecho*. San José: ILANUD, 1992.

NEVES, M. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2020.

PASINATO, Wânia. Lei Maria da Penha: novas abordagens sobre velhas propostas. Onde avançamos? *Civitas - Revista de Ciências Sociais*, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 216-232, maio-ago. 2010. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=74221650004>. Acesso em: 26 jul. 2026.

RIBEIRO, L. M. L. e ZACKESKI, C. Pesquisas de fluxo e tempos da Justiça Criminal: possibilidades e limites de uso no contexto brasileiro. In: MACHADO, M. R. (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: REED, 2017.

SAFFIOTI, H. *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001.

SILVA, S. M. Feminismo jurídico: uma introdução. *Cadernos do BEGD*, Salvador, p. 84-102, 2018.

SILVA, S. M. Feminismo jurídico: um campo de reflexão e ação em prol do empoderamento jurídico das mulheres. *Gênero & Direito*, João Pessoa, v. 8, n. 3, p. 127-150, 2019. Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/ged/index>. Acesso em: 23 jul. 2026.

SMART, Carol. A mulher do discurso jurídico (*The Woman of Legal Discourse*). *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 1418-1439, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/50335>.

STATISTICS CANADA. Facts, stats, and impact: Gender equality. Ottawa: Statistics Canada, 2026. Disponível em: <https://www.canada.ca/en/women-gender-equality/gender-equality/facts-stats-impact.html>. Acesso em: 25 jul. 2026.

TAVARES, Ludmila Aparecida; CAMPOS, Carmen Hein de. Botão do pânico e Lei Maria da Penha. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 397-420, 2018.

TEUBNER, G. *Law as an autopoietic system*. Oxford: Blackwell, 1993.

WEBER, M. *Economia e sociedade*. Brasília: Editora UNB, 1999.

WILSON, M. S. La perspectiva de género en el derecho. In: CALDERÓN, Rosaura Chinchilla (org.). *Pensamento jurídico feminista: desconstruir el derecho, repensar el mundo*. San José, C.R.: IJSA, 2004. p. 55-68. Disponível em: https://binal.ac.pa/wp-content/uploads/r_dig/BJF_laperspectivadegener-parte1.pdf. Acesso em: 25 jul. 2026.

ZACCOUR, S.; LESSARD, G. Dénaturaliser la violence sexuelle: analyse critique du discours juridique. *Revue Femmes et Droit*, v. 33, n. 2, p. 179-203, 2021.

Recebido em: 31/03/2026

Aprovado em: 01/08/2026

PRINCIPLES OF RESPONSIBLE STATE BEHAVIOR WITH RESPECT TO ACTIVITIES WITHIN THE LIFECYCLE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE SYSTEMS IN THE CONTEXT OF INTERNATIONAL PEACE AND SECURITY¹

PRINCÍPIOS DE COMPORTAMENTO ESTATAL RESPONSÁVEL EM RELAÇÃO ÀS ATIVIDADES NO CICLO DE VIDA DE SISTEMAS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO CONTEXTO DA PAZ E SEGURANÇA INTERNACIONAIS²

NATALIYA MAROZ³

ABSTRACT

Artificial intelligence (AI) systems not only provide a range of opportunities for sustainable development but also may negatively affect international peace and international security. In particular they can be used to target peacekeepers, provoke violence and armed conflicts, magnify the effects of malicious cyber operations and humiliating memory of genocide victims. Taking into account the novelty of risks, inexplicability of decision making of AI, its unpredictability the article attempts to reveal and systematize AI-enabled threats to international peace and security. The article emphasizes that existing international law, in particular, jus cogens norms, principles and norms established in the UN Charter, human rights conventions and other relevant treaties are fully applicable to all types of activities within the lifecycle of AI systems. At the same time their provisions may not comprehensively address all the aspects and specifics of risks produced by such technologies. The article argues that a treaty to regulate safe, secure and responsible use of AI within the UN could establish a comprehensive legal framework on the matter. However, considering continuing uncertainty regarding the risks, opportunities and impacts of AI, the article argues that an

RESUMO

Os sistemas de inteligência artificial (IA) não só oferecem uma série de oportunidades para o desenvolvimento sustentável, como também podem afetar negativamente a paz e a segurança internacionais. Em particular, podem ser utilizados para atacar forças de manutenção da paz, provocar violência e conflitos armados, ampliar os efeitos de operações cibernéticas maliciosas e profanar a memória das vítimas de genocídio. Tendo em conta a novidade dos riscos, a inexplicabilidade dos processos decisórios da IA e a sua imprevisibilidade, o artigo busca revelar e sistematizar as ameaças à paz e à segurança internacionais possibilitadas pela IA. O artigo enfatiza que o direito internacional vigente — em especial as normas de jus cogens, bem como os princípios e normas estabelecidos na Carta da ONU, nas convenções de direitos humanos e em outros tratados relevantes — é plenamente aplicável a todos os tipos de atividades ao longo do ciclo de vida dos sistemas de IA. Ao mesmo tempo, tais disposições podem não tratar de forma abrangente todos os aspectos e especificidades dos riscos produzidos por essas tecnologias. O artigo argumenta que um tratado destinado a regular o uso seguro, protegido e responsável da IA no âmbito da ONU pode-

1 The author gratefully acknowledges the financial support of the FAPEMIG and the institutional support of Federal University of Minas Gerais, which were essential to the preparation of this article.

2 “A autora agradece o apoio financeiro da FAPEMIG e o apoio institucional da Universidade Federal de Minas Gerais, que foram essenciais para a elaboração deste artigo.

3 PhD, Associate Professor Belarusian State University, Faculty of International Relations. Email: nmaroz@bsu.by

idea to conclude such a treaty may be considered quite premature now. For that reason, the article proposes the principles of responsible State behavior with respect to activities within the lifecycle of AI systems in the context of international peace and security as a pragmatic approach to enhance stability and security and support the gradual development of an international normative framework at present.

KEYWORDS: artificial intelligence (AI). cybersecurity. international peace and security. threats to international peace and security. principles of responsible state behavior.

ria estabelecer um arcabouço jurídico abrangente sobre o tema. Contudo, considerando a incerteza persistente em relação aos riscos, oportunidades e impactos da IA, sustenta-se que a conclusão de um tratado dessa natureza pode ser considerada, neste momento, bastante prematura. Por essa razão, o artigo propõe princípios de conduta estatal responsável em relação às atividades desenvolvidas ao longo do ciclo de vida dos sistemas de IA, no contexto da paz e da segurança internacionais, como uma abordagem pragmática para fortalecer a estabilidade e a segurança e apoiar o desenvolvimento gradual de um arcabouço normativo internacional.

PALAVRAS-CHAVE: inteligência artificial (IA). Cibersegurança. paz e segurança internacionais. ameaças à paz e segurança internacionais. princípios de conduta estatal responsável.

I. INTRODUCTION

Artificial intelligence (hereafter – AI) is widely considered not only as a significant technological breakthrough, but also as an enabler for the achievement of all sustainable development goals (United Nations Global Compact, 2025). AI reportedly can contribute between \$10 and \$15 trillion to the global economy by 2030 (United Nations, 2023).

However, the more such technologies are integrated with computer systems employed within critical information, social and economic infrastructure, the more they tend to be vulnerable to different types of threats, thus, negatively impacting national and international security.

AI threats have long been associated with bias, discrimination (Technology and society, 2021) and hallucinations of algorithms (IBM, 2025). Nevertheless, nowadays AI abuses go far beyond that and already affect all actors, including the United Nations, other international organizations, states, private actors, non-governmental organizations, businesses and individuals. In particular, 70% of UN peacekeepers are reportedly affected by mis- and disinformation, which severely hampers their ability to carry out their work. AI-enabled cyber-attacks were also already targeting UN peacekeeping and humanitarian operations (Business and Human Rights Resource Centre, 2025).

AI image fakery creates new challenges for humanitarian organizations (Quelch, 2023), has potential to rewrite the history (Makhortykh & Mann, 2024), escalate violence (Sami), aggravate existing political pressure and interfere into domestic affairs (Redacción Razones de Cuba, 2024) and humiliate the memory of Holocaust victims (Völk & Nguyen, 2025).

Such technologies can easily be accessed by non-state actors, including for terrorist and other criminal purposes (United Nations, 2023). AI is already used for automatization and amplification of the impact of malicious cyber activities (Antropic, 2025). In November 2025 the IT security company Anthropic revealed and disrupted the first reported AI-orchestrated cyber espionage campaign (Anthropic, 2025).

As the UN Secretary-General Antonio Guterres comments “The question is not whether AI will influence international peace and security, but how we will shape that influence” (Mishra, 2025).

The potential threats that AI may pose to global security were analyzed in a number of reports, among which produced by the UN Institute for Disarmament Research (Puscas, 2023), UN Secretary-General’s High-level Advisory Body on AI’s (UN AI Advisory body, 2024); European Union (ENISA, 2020), World Economic Forum (World Economic Forum, 2025); states (Safety and security risks of generative artificial intelligence to 2025 (Annex B), 2025), (Impact of AI on cyber threat from now to 2027), (AI data security, 2025), (International AI Safety Report 2025, 2025) and researchers (Pashentsev, Bazarkina, & Sebekin, 2024), (Horowitz, et al., 2018) etc. However, the risks and threats to international security caused by AI are complex, multifaced and not fully understood. They are constantly evolving, many of which may still be unpredictable (Yampolskiy, 2024). Thus, their consideration in the context of international law requires specific attention.

There hasn’t been concluded any international treaty specifically regulating international obligations of states with respect to AI at universal level. The initiatives to develop international convention on international information security (Convention on International Information Security (concept) (rus), 2011), (Updated Concept of the Convention of the United Nations on Ensuring International Information Security, 2021), (Updated concept for a convention of the United Nations on ensuring international information security : Annex to the letter dated 15 May 2023 addressed to the Secretary-General, A/77/894, 2023) also haven’t received support from a vast number of member states of the UN, unfortunately (Boyko, 2022, p. 17). The Framework Convention on AI and Human Rights, Democracy and the Rule of Law conclude within the Council of Europe in 2024 is the first and currently the only treaty dedicated to the regulation of activities within the lifecycle of AI system (Framework Convention on Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law, 2024). However, it can’t be considered as a treaty of universal character open for accession to any interested state owing to the requirements stipulated in article 31 (1) of this convention.

Due to exponential use of AI systems in different areas of social life and potential risks they may pose to the enjoyment of human rights there were ad-

opted a substantial number of recommendations and principles to establish soft law regulations for the ethical development and use of AI systems within their life-cycle (Recommendation on the Ethics of AI (UNESCO, 2021), Principles for the Ethical Use of AI in the United Nations System (Chief Executives Board for Coordination, 2022), Principles for responsible stewardship of Trustworthy AI (G 20, 2019), OECD AI Principles (OECD, 2019), Regulatory considerations on AI for health (World Health Organization , 2023), Requirements and framework for AI/ML-based network design optimization in future networks including IMT-2020 (ITU, 2024), ASEAN Responsible AI Roadmap (ASEAN, 2025), Tianjin Declaration of the Shanghai Cooperation Organization (SCO, 2025), G20 AI Principles (G20 AI Principles, 2019) etc. However, they are not binding for states and don't specifically address AI-enabled risks to international peace and security.

Due to “uncertainty around the risks, opportunities and impacts of AI” (Lennon, 2025) and the need to assess “future directions and implications of AI systems and promote scientific understanding” of AI (United Nations Global Compact, 2025, paras 55-56; United Nations General Assembly, 2025, para 1(a)), an initiative conclude a treaty to regulate safe, secure and responsible use of AI within the UN may be considered quite premature at present, whereas voluntary, non-binding norms for responsible State behavior with respect to activities within the lifecycle of AI systems within their lifecycle could contribute to common understanding of the standards of expected conduct in this field, would increase stability and security in the global ICT environment and pave the way for the conclusion of the UN Convention on this matter.

The UN General Assembly plays an active role in addressing the challenges posed by AI and has been specifically considering this issue since 2024 (United Nations Regional Centre for Western Europe, 2025). The UN General Assembly adopted several acts emphasizing the need to inclusively assess and address the potential impact, opportunities and risks of AI systems on sustainable development and the well-being and rights of individuals and emphasizes the importance of international cooperation to promote coordination and compatibility of emerging AI governance frameworks (the Pact for the Future, para 51) (United Nations General Assembly , 2024), recognizing also that the improper or malicious design, development, deployment and use of AI systems, such as without adequate safeguards or in a manner inconsistent with international law, pose risks that could hinder progress towards the achievement of the 2030 Agenda for Sustainable Development and its Sustainable Development Goals (United Nations General Assembly Resolution 78/265, preamble) (United Nations General Assembly , 2024), stressing the commitment to mitigate the risks of AI in full respect of international law, including international human rights law (United Nations General Assembly, para 52), (United Nations Gen-

eral Assembly, 2024). However, neither the Pact for the Future adopted by the UN General Assembly (United Nations General Assembly, 2024) nor the Global Digital Compact annexed to that Pact (United Nations General Assembly, 2024), don't constitute treaties within the meaning of the Vienna Convention on the Law of Treaties. They also don't specifically define how existing international law is applicable to the activities within the lifecycle of AI systems in the context of international peace and security.

Thus, the present article aims to identify AI-enabled threats to international peace and security and suggests a set of principles of responsible behavior with respect to activities within the lifecycle of AI systems in the context of international peace and security. Such principles are elaborated on the basis of existing international law, in particular the UN Charter, human rights law, international humanitarian law and with due regard to norms, rules and principles of responsible state behavior in the use of information and communication technologies (hereafter – ICTs), Pact for the Future and Global Digital Compact.

II. THREATS TO INTERNATIONAL PEACE AND SECURITY THAT MAY BE POTENTIALLY POSED BY AI TECHNOLOGIES

Negative impact of AI on different areas of social life, national and international security is usually assessed through the term of “risk”. There are different approaches to AI risks, which classify them depending on the impact on international security (the technology's main areas of vulnerabilities and potential for misuse, as well as the broader strategic and geopolitical implications of AI in the context of international peace and security (Puscas, 2023)), or more commonly on social well-being (life-circle approach to risk assessment (Kangerter, 2024), society (legal, ethical, governance risks) (Qian, Siau, & Nah, 2024) etc. The evidence-based approach built on tracking and systematization of actual AI incidents was developed within the OECD (OECD, 2025)).

The term risk is mostly used in the context of international environmental law, as well as due diligence obligations in a broader perspective (Townley). As the ICJ held “whether an activity constitutes a risk of significant harm depends on “both the probability or foreseeability of the occurrence of harm and its severity or magnitude” (Advisory Opinion Obligations of States in respect of Climate Change, 2025, para 275). At the same time the term “threat” is mostly applied within the area of law of international security.

The UN AI Advisory Body conceptualizes AI-related risks in relation to vulnerabilities (UN AI Advisory body, 2024, para 17). It distinguishes 4 major areas vulnerable to AI-related risks: individuals, politics and society, economy and environment. Each of these areas includes either targeted sub areas (f.e. rule of law, intellectual property protection etc.), values (human dignity, value or agency etc.) or potential negative influence exerted by the AI (discrimination

and unfair treatment of groups, including based on individual or group traits, such as gender, group isolation and marginalization) (UN AI Advisory body, 2024, p. 27).

A possible negative impact of AI on international peace and security is addressed in the Report of the UN AI Advisory body “Governing AI for humanity” (hereafter – Report), however it is mostly linked to military use of AI systems (UN AI Advisory body, 2024, p. 30). International security is not indicated as a separate area vulnerable to AI-enabled risks within the typology proposed in the Report and has been included in the block “politics and society” (UN AI Advisory body, 2024, p. 27). Risks to international security are considered alongside with national security risks in one block disregarding the fact that these two areas are different in nature and scope (UN AI Advisory body, 2024, p. 27). Such generalized approach may give rise to incorrect interpretation, where national security risks or threats of a particular state may be considered as threats to international peace and security, which could be used to legitimize the adoption of unilateral coercive measures prohibited by international law (Mandate of the Special Rapporteur on the negative impact of unilateral coercive measures on the enjoyment of human rights, 2025, p. 17) or even unilateral military action contrary to the UN Charter (Dörr, 2019). The UN Charter confers exclusive powers to the UN Security Council in the determination of threat to international peace and security, breach of peace and act of aggression and provides it with the exclusive powers to decide how to respond to them, including with military force (United Nations Charter, 1945, article 39, 41-42). Coercive measures can only be taken by States and international organizations in the course of the implementation of resolutions of the UN Security Council adopted under Chapter VII of the UN Charter, or when such measures do not violate their international obligations (retorsions), or their wrongfulness is precluded under international law when the measures constitute counter-measures in full conformity with the rules of the law of international responsibility (Mandate of the Special Rapporteur on the negative impact of unilateral coercive measures on the enjoyment of human rights, 2025, para 17.1). Therefore, possible negative implications caused by AI systems to international peace and security should be addressed separately from national security risks.

Prior to considering AI-enables threats to international peace and security it's necessary to reveal the notion of threat to peace in general, and then more specifically – in the context of AI-enabled activities.

The term “threat” is used in the UN Charter (article 1(1), 2(4), 39, 99 and title of chapter VII) but not defined there (United Nations Charter, 1945). As Wet and Wood comment “it does not have a fixed meaning” and the UN Security Council’s practice shows considerable flexibility on the point” (Wet & Wood, 2022). In its ordinary meaning this term can be defined as “a person

or thing that is regarded as dangerous and likely to inflict harm “, “a strong possibility of something dangerous or unpleasant happening” (Threat). Townly considers a threat “as a form of “known” risk” in his research (Townley). Toledo explains that a threat is “any foreseeable cause of harm to people, property, information or the environment, while risk is the probability of harm or loss to people, property, information and the environment as a result of the threat materialising, taking into account the vulnerability of the elements exposed to such threat” (Toledo, 2025). Verush states that “risk” and “threat” can be considered as different degrees of danger with respect to their provability of occurrence (Verush, 2018, p. 27).

It's worth noting that the term “risk” is used alongside with the term “threat” in the Best Practices Guide for Chairs and Members of United Nations Sanctions Committees (“new threats and risk actors” (p. vii), “risks to international peace and security” (p. v), “risk-actors such as terrorists, proliferators of WMD, militias and violators of human rights should not gain access to arms, ammunition, mercenaries, dual-use material, commodities of which sale proceeds can be traded against weapons, or coercive employment and human trafficking” (p. 35) etc.) (Best Practices Guide for Chairs and Members of United Nations Sanctions Committees, 2018). However, the Best Practices Guide for Chairs and Members of United Nations Sanctions Committees is not a legally binding act.

Therefore, it's possible to conclude that the terms “risk” and “threat” have close meaning and reflect different degrees of probability of harm that may occur. However, the term “risk” is not used in the UN Charter. Moreover, only the threat to international peace and security could give rise to the adoption of measures under articles 41-42 by the UN Security Council.

The concept of threat to peace has dramatically changed since the adoption of the UN Charter in 1945. At that time it was mainly associated with international armed conflicts (United Nations Security Council, 2025). The Preamble of the UN Charter sets forth the determination “to save succeeding generations from the scourge of war, which twice in our lifetime has brought untold sorrow to mankind” (United Nations Charter, 1945).

As E.D. Wet and M. Wood comment “the late 20th century and 21st century saw the identification of ‘new’ global threats to international peace and security by the UN Security Council” (Wet & Wood, 2022). The overall perception of threats changed at that time. The Report of the High-level Panel on Threats, Challenges and Change “A more secure world: Our shared responsibility” of 2004 identifies the following new threats to international security: “poverty, infectious disease and environmental degradation; war and violence within States; the spread and possible use of nuclear, radiological, chemical and biological weapons; terrorism; and transnational organized crime” (p.9) (Unit-

ed Nations, 2004). It was also recognized there that “the threats are from non-State actors as well as States, and to human security as well as State security” (United Nations, 2004).

The determination of the existence of any threat to peace an exclusive power of the UN Security Council (article 39 of the UN Charter). The practice of the UN Security Council in the context of application of article 39 of the UN Charter is quite specific. It qualified as a threat to peace inter- or intra-State conflicts or internal conflicts with a regional or sub-regional dimension; as well as terrorist acts, the proliferation of weapons of mass destruction or the proliferation and illicit trafficking of small arms and light weapons (UNSC, n.d.), illegal exploitation of natural resources, where such exploitation was linked to armed conflicts (Wet & Wood, 2022). The UN Security Council determined as a threat to international peace and security widespread and flagrant violations of international humanitarian law, including reports of mass killings, massive, organized and systematic detention and rape of women and the continuance of the practice of “ethnic cleansing”, including for the acquisition and the holding of territory (UN Security Council, 1993), genocide and other serious violations of international humanitarian law (UN Security Council, 1994).

New threats to international peace and security that have been identified by the UN Security Council more recently includes: the unprecedented extent of the Ebola outbreak in Africa, foreign terrorist fighters, violent extremism (UNSC, 2014-2015), the potential for acquisition by non-State actors of chemical weapons, severity of the devastating humanitarian situation, (UNSC, Part VII. Actions with respect to threats to the peace, 2016-2017). During 2018-2023 the Council did not determine new threats to international peace and security (UNSC, Actions with Respect to Threats to the Peace, Breaches of the Peace, and Acts of Aggression, n.d.).

The UN General Assembly identified as threats to international peace and security most serious breaches of international obligations arising out of peremptory norms of international public law (for example, in its resolution 39/19 (Nations, 1984) (apartheid, crimes against humanity), resolution 42/ 95 (violation of the right of peoples to self-determination) (United Nations General Assembly, 1987); resolution 44/101 (continuation of colonialism in all its forms and manifestations-including racism, apartheid, those activities of foreign economic and other interests contrary to the Charter of the UN and the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, as well as the violations of the right to self-determination and basic human rights of the peoples of colonial Territories and continuous policies and practices to suppress legitimate national liberation movements) (United Nations General Assembly, 1989) (United Nations General Assembly, 1989); resolution 70/146 (recognizes that torture may amount to crimes against humanity or war crimes) (United Na-

tions General Assembly, 2015); resolution 79/1 (violations of the purposes and principles of the Charter) (United Nations General Assembly, 2024). The UN General Assembly also defined certain conduct as a “danger” to international peace and security (for instance, resolution 40/150 (arms race, particularly in nuclear armaments and military expenditures) (United Nations General Assembly, 1985).

Negative AI implications haven’t been qualified as a threat to international peace and security by the UN Security Council yet. However, the topic was discussed at its formal meetings and informal meetings of the members of the UN Security Council (UN Security Council, 2024).

In particular, during the Arria-formula Meeting on “AI: Its Impact on Hate Speech, Disinformation and Misinformation” the UN Security Council acknowledged that AI can “compound threats and intensify conflicts by spreading hate speech, undermining the integrity of public information, including the interpretation of international humanitarian law, amplifying bias and exacerbating human rights abuses, contributing to increased polarization and instability on a vast scale” (Security Council Report, 2023). In its resolution 2686 (2023) it admitted that “hate speech, racism, racial discrimination, xenophobia, related forms of intolerance, gender discrimination, and acts of extremism can contribute to driving the outbreak, escalation and recurrence of conflict” (United Nations Security Council, 2023).

Moreover, “malicious actors could exploit AI for cyberattacks, disinformation, misinformation or extremist rhetoric, to interfere in elections or contribute to increased intercommunal tension” (Security Council Report, 2023). During the Arria-formula meeting “Harnessing safe, inclusive, trustworthy AI for the maintenance of international peace and security” it was recognized that AI can “undermine trust in peacekeepers, propagate misinformation and hate speech, and facilitate malicious cyberattacks” (Security Council Report, 2025).

It’s also widely accepted that existing and emerging threats from uses of ICTs, by States and non-State actors may jeopardize international peace and security (United Nations, 2015).

The UN General Assembly has repeatedly emphasized that ICTs can be used for purposes incompatible with the objectives of ensuring international stability and security and can negatively impact the security of States (resolutions 53/70 of 4 December 1998, 54/49 of 1 December 1999, 55/28 of 20 November 2000, 56/19 of 29 November 2001) in both the military and civilian spheres (resolutions 56/19 of 2001, 57/53 of 22 November 2002, 58/32 of 8 December 2003, 59/61 of 3 December 2004, 60/45 of 8 December 2005, 61/54 of 6 December 2006, 62/17 of 5 December 2007, 63/37 of 2 December 2008, 64/25 of 2 December 2009, 65/41 of 8 December 2010, 66/24 of 2 December 2011, 67/27 of 3 December 2012, 68/243 of 27 December 2013, 69/28 of 2 De-

cember 2014, 70/237 of 23 December 2015, 71/28 of 5 December 2016, 73/27 of 5 December 2018, 74/29 of 12 December 2019, 76/19 of 6 December 2021, 78/237 from December 22, 2023).

The UN General-Secretary mentioned the following AI threats, including in the context of international security: military application of AI and AI arms race; interaction between AI and nuclear weapons, biotechnology, neurotechnology and robotics; malicious use of AI systems for terrorist, criminal or State purposes; AI-enabled cyberattacks targeting critical infrastructure, peacekeeping and humanitarian operations; disinformation and hate speech; deep fakes; malfunctioning of AI systems; the environmental impact of AI (United Nations, 2023).

The UN General Assembly resolution specifically distinguished “improper or malicious design, development, deployment and use of AI systems, such as without adequate safeguards or in a manner inconsistent with international law” as a risk that could hinder progress towards the achievement of the 2030 Agenda for Sustainable Development and its Sustainable Development Goals and undermine sustainable development in its three dimensions – economic, social and environmental; widen digital divides between and within countries; reinforce structural inequalities and biases; lead to discrimination; undermine information integrity and access to information; undercut the protection, promotion and enjoyment of human rights (para 4) (UN General Assembly, 2024).

Thus, based on the aforementioned it's possible to distinguish the following AI-enabled threats to international peace and security

- use of AI for massive targeted cyber-attacks against critical infrastructure of states, scale and effects of which commensurate to armed attack,
- propaganda for war, misinformation, disinformation, manipulation of data, including with the use of deep fakes provoking escalation, leading to international armed conflict as well as to armed conflict of non-international character,
- misinformation, disinformation, manipulation of data, including with the use of deep fakes aimed at intimidation, escalation of military presence and all other forms of intervention or interference, direct or indirect, overt or covert, threatening the sovereignty and political independence of States, including with the aim of overthrowing their Governments as well as aimed at deprivation of peoples of their right to self-determination,
- AI arms race,

- integration of AI and nuclear weapons or any prohibited types of weapons of mass destruction,
- integration between AI and biotechnology, neurotechnology and robotics for malicious purposes or without exercising due diligence with respect to the negative effects they may provoke,
- use of AI for targeting peacekeeping and humanitarian operations both in peace time and during armed conflict,
- use of AI operation for perfidy, for targeting impartial humanitarian organizations, civilian objects, including medical facilities, works and installations containing dangerous forces, objects indispensable for the civilian populations during armed conflicts in violation of international humanitarian law,
- use of AI for widespread and systematic human rights violations, direct and public incitement to commit genocide,
- use of AI for malicious purposes by terrorist and transnational criminal groups;
- availability of autonomous lethal weapons of terrorists and transnational organized groups,
- use of AI agents for terrorist or criminal purposes, including for “conscription” of other AI agents or use of AI technologies for malicious purposes,
- undermining integrity of international law, by misinformation, disinformation, manipulation of data, including with the use of deep fakes; falsifying history about the suffering of victims of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance and forms of discrimination in the historical perspective, in particular regarding commemoration of the victims of slavery and the transatlantic slave trade; for revisionism and attempts to falsify history, including for the purpose of glorification of Nazism or denial of crimes established by the International Military Tribunal in Nuremberg.

III. RESPONSIBLE STATE BEHAVIOR WITH RESPECT TO ACTIVITIES WITHIN THE LIFECYCLE OF AI SYSTEMS IN THE CONTEXT OF INTERNATIONAL PEACE AND SECURITY

Despite the fact AI-enabled risks and threats are new, the existing international law, including the UN Charter is fully applicable to respond to them (UN Security Council, 2024, p. 15), (United Nations Global Compact, 2025),

though, may not address all peculiar challenges arising out of the use of AI systems.

Peremptory norms of international law don't permit any derogation from them (Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969, article 53), (International Law Commission, 2022, Conclusion 4) and, therefore, any AI-enabled activities constituting racial discrimination, breach of the right to self-determination or constituting violation of prohibition of genocide, apartheid, aggression, crimes against humanity, slavery, torture, basic rules of international humanitarian law with a reference to newly emerged character of AI systems or their unpredictability, lack of explainability or transparency in decision making can't be invoked as justification for its failure to fulfil obligation under peremptory norm of general international law.

International obligations of states with respect to the use of AI derive from paras 2,3 of Article 1 (principle of equal rights and self-determination of peoples; principle of cooperation; respect for human rights and for fundamental freedoms), paras 1, 4, 7 of Article 2 of the UN Charter (principle of sovereign equality; the prohibition of the threat or use of force against the sovereignty, territorial integrity or political independence of any State; the principle of non-intervention in the domestic affairs) (United Nations Charter, 1945), Article 20 of the International Covenant on Civil and Political Rights (the prohibition of propaganda for war, advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence) (International Covenant on Civil and Political Rights, 1966), Articles 51-52 of the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field of 1949 (Geneva Convention for the amelioration of the condition of the wounded and sick in armed forces in the field, 1949), Articles 40, 51 of the Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) (the prohibition of acts or threats of violence the primary purpose of which is to spread terror among the civilian population, threats that there will be no survivors, threats to commit acts provided for in Article 75 of Protocol I) (Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of international armed conflicts (Protocol I), 1977); Article III of the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (the prohibition of direct and public incitement to commit genocide) (Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 1948), Article III of the 1973 International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid (the prohibition of incitement to commit apartheid) (International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid, 1973), paragraph 2 of Article 27, paragraph 2 of Article 30 of the Vienna Convention on Diplomatic Relations

(violation of the inviolability of diplomatic correspondence) (Vienna Convention on Diplomatic Relations, 1961), paragraph 2 of Article 35 of the Vienna Convention on Consular Relations (violation of the inviolability of consular correspondence) (Vienna Convention on Consular Relations, 1963), Article 109 of the UN Convention on the Law of the Sea (unauthorized broadcasting from the high seas) (United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982), Article 3 bis (a) of the Convention on International Civil Aviation (prohibition of the use of weapons against civilian aircrafts in flight, Article 38 (obligation to safeguard communication channels and installations within their jurisdiction; take such steps as may be necessary to ensure the establishment, under the best technical conditions, of the channels and installations necessary to carry on the rapid and uninterrupted exchange of international telecommunications) (Convention on International Civil Aviation, 1944), as well as in accordance with Articles 34, 35, 37, 39, 45 (1) of the Constitution of the International Telecommunication Union (Constitution and Convention of the International Telecommunication Union, 1992), etc.

Moreover, rules of international customary international law (Wood & Sender, 2024, p. 1), such as the right to diplomatic protection (International Law Commission, 2006, p. 50), the right to self-defense (Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States of America) (Merits), 1986, para 34), the principle of due diligence (Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), 1949, para 22), (Ridings, 2024), obligations of states in respect of climate change (Advisory Opinion Obligations of States in respect of Climate Change, 2025, pp. 132-142) etc. are also applicable to the area discussed.

The International Convention Concerning the Use of Broadcasting in the Cause of Peace is a unique international instrument in terms of providing specific international obligations of State Parties to prevent “broadcasting from being used in a manner prejudicial to good international understanding” (International Convention concerning the Use of Broadcasting in the Cause of Peace, 1936). It prohibits broadcasting inciting the population of any territory to acts incompatible with the internal order or the security of a territory of a High Contracting Party (Article 2); incitement to war (Article 3) (International Convention concerning the Use of Broadcasting in the Cause of Peace, 1936). The Convention doesn’t make any difference between broadcasting conducted by States or private companies within their jurisdiction or effective control. It obligates its State Parties to stop “any transmission likely to harm good international understanding by statements the incorrectness of which is or ought to be known to the persons responsible for the broadcast” (Article 3); to ensure “especially in time of crisis, that stations within their respective territories shall broadcast information concerning international relations the accuracy of which

shall have been verified - and that by all means within their power - by the persons responsible for broadcasting the information” (Article 4) (International Convention concerning the Use of Broadcasting in the Cause of Peace, 1936). This treaty may be applicable for tackling disinformation and misinformation with the use of AI in broadcasting to prevent any political tensions from occurrence or aggravation of existing ones. However, the number of State Parties to the International Convention Concerning the Use of Broadcasting in the Cause of Peace is relatively small (only 11 states) (International Convention concerning the Use of Broadcasting in the Cause of Peace. Participants, 2025).

The UN Convention against cybercrime is partly applicable to the matter as far as it concerns cybercrimes indicated in the convention committed with the use of AI systems (articles 7-16) (United Nations Convention against Cybercrime; Strengthening International Cooperation for Combating Certain Crimes Committed by Means of Information and Communications Technology Systems and for the Sharing of Evidence in Electronic Form of Serious Crimes, 2024), nevertheless, doesn't specifically address cybercrimes committed by AI agents. At the same time such behavior could be prohibited in the additional protocol to this convention to be drafted during the upcoming several years (United Nations General Assembly, 2024, para. 5).

The first and to date the only international treaty on AI is the Council of Europe Framework Convention on AI and human rights, democracy and the rule of law (hereafter – The Framework Convention), which was signed by 17 states and the European Union (as for the 16th of December 2025)(Framework Convention on Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law, 2024) The Framework Convention hasn't come into force yet.

Under article 1(1) of the Framework Convention its goal “to ensure that activities within the lifecycle of AI systems are fully consistent with human rights, democracy and the rule of law” (Framework Convention on Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law, 2024) The Framework Convention provides the notion of AI systems (article 2), principles related to activities within the lifecycle of AI systems (Chapter III), remedies for violations of human rights resulting from the activities within the lifecycle of AI systems (Chapter IV), assessment and mitigation of risks and adverse impacts (Chapter V), follow-up mechanism and rules for international cooperation between state parties (Chapter VI) (Framework Convention on Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law, 2024)

The Framework Convention is applicable to the activities within the lifecycle of AI systems that have the potential to interfere with human rights, democracy and the rule of law carried out by States, private actors acting on their behalf and private actors (article 3(1)(a,b). Moreover, States Parties may declare to be bound by the relevant Convention provisions with respect to activities

of private actors or, by taking other appropriate measures to comply with the treaty's provisions and "may not derogate from or limit the application of its international obligations undertaken to protect human rights, democracy and the rule of law (article 3(1)(b)) (Framework Convention on Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law, 2024)

The Framework Convention also aims to ensure wide cooperation in the realisation of its purpose, including not only between State Parties, but also with other relevant stakeholders and States that are not Parties to the Convention. In particular, the Framework Convention encourages States Parties to "assist States that are not Parties to this Convention in acting consistently with the terms of this Convention and becoming a Party to it" (article 25(1)), to involve, as appropriate, relevant stakeholders and States that are not Parties to the Convention in exchanges of Information relevant and useful information between themselves concerning aspects related to AI which may have significant positive or negative effects on the enjoyment of human rights, the functioning of democracy and the observance of the rule of law, including risks and effects that have arisen in research contexts and in relation to the private sector (article 25 (2)) (Council of Europe Framework Convention on Artificial Intelligence and Human, 2024). However, as has been mentioned before the accession to this Convention is subject to several requirements set forth in article 31 (Framework Convention on Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law, 2024)

There are also regional treaties concluded with the aim to enhance international cooperation in the field of cybersecurity (Agreement on Cooperation in Ensuring International Information Security between the Member States of the Shanghai Cooperation Organization, Agreement on cooperation between the member states of the Commonwealth of Independent States in the field of ensuring information security, Agreement on cooperation between the member states of the Collective Security Treaty Organization in the field of ensuring information security, Agreement on Ensuring Information Security within the Framework of General Customs Processes in the Member States of the Eurasian Economic Community, African Union Convention on Cyber Security and Personal Data Protection). They can partially cover AI-related issues as far as it concerns countering threats to information security or cybercrime. However, none of these treaties address AI-enabled threats specifically.

The provisions on international cooperation on cybersecurity issues, applicable to AI systems, are also contained in some free trade agreements (for example, Article 14.16 (b) of the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (using existing collaboration mechanisms to cooperate to identify and mitigate malicious intrusions or dissemination of malicious code that affect the electronic networks of the Parties (Comprehensive

and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, 2018), Article 12.13 (b) of the Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement (using existing collaboration mechanisms to cooperate on matters related to cyber security) (Regional Comprehensive Economic Partnership, 2020), article 5.1 (2) (b) of the Digital Economy Partnership Agreement (using existing collaboration mechanisms to cooperate to identify and mitigate malicious intrusions or dissemination of malicious code that affect the electronic networks of the Parties) (The Digital Economy Partnership Agreement (DEPA), 2020) etc.).

Certain aspects of responsible use of AI are regulated by legally binding acts of the EU. In particular, the Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on AI (hereafter – AI Act) introduced a risk-based AI classification system, establishing obligations for providers and users depending on the level of risk of AI risk qualification (Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence , 2024). The Regulation (EU) 2024/1689 prohibits certain unacceptable AI practices such as manipulative, exploitative and social control practices (para 28 of Preamble); biometric categorisation systems that are based on natural persons' biometric data (para 30 of Preamble), social scoring of natural persons by public or private actors (para 31 of Preamble), the use of AI systems for 'real-time' remote biometric identification of natural persons in publicly accessible spaces for the purpose of law enforcement except in exhaustively listed and narrowly defined situations, where the use is strictly necessary to achieve a substantial public interest, the importance of which outweighs the risks (paras 32-33 of Preamble), the use of AI systems that create or expand facial recognition databases through the untargeted scraping of facial images from the internet or closed-circuit television footage (para 43 of Preamble), the use of AI systems intended to be used to detect the emotional state of individuals in situations related to the workplace and education (para 44 of Preamble) (Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence , 2024).

Soft law regulation of responsible state behavior in the use of ICTs could be also partially applied to tackling AI-enabled threats to international peace and security.

The issues of responsible state behavior in the use of ICTs has been discussed within the UN since 1998, when the Russian Federation introduced a draft resolution on the subject in the First Committee of the UN General Assembly (Office for Disarmament Affairs , 2025). Since 2004, six Groups of Governmental Experts (GGEs) have assessed how the use of ICTs may threaten international security and considered appropriate ways to respond (Office for Disarmament Affairs , 2025). The reports contain a set of norms, rules and prin-

ciples of responsible state behavior in the use of ICT (Developments in the field of information and telecommunications in the context of international security, 2023) that alongside with the report by the Group of Governmental Experts on Advancing responsible State behavior in cyberspace in the context of international security in 2021 (Group of Governmental Experts on Advancing Responsible State Behaviour in Cyberspace in the Context of International Security, 2021) and the reports presented by the UN Open Ended Working Group on development in the field of information and telecommunications in the context of international security in 2022 (Open-ended working group on security of and in the use of information and communications technologies 2021–2025, 2022), 2023 (Open-ended working group on security of and in the use of information and communications technologies 2021–2025, 2023) and 2024 (Open-ended working group on security of and in the use of information and communications technologies 2021–2025, 2024) can also be applicable to activities within several stages of lifecycle of AI (in particular, to its development and use), but, however don't specifically address the issues of disinformation and misinformation, falsifications and manipulations of data for malicious purposes, use of autonomous AI agent, interaction between AI and weapons of mass destruction, between AI and biotechnology, neurotechnology and robotics for malicious purposes; AI-enabled attacks against peacekeeping and humanitarian operations; AI arms race.

Therefore, based on the international instruments and non-binding norms, rules and principles analyzed above it's possible to suggest the following Principles of responsible behavior with respect to activities within the lifecycle of AI systems in the context of international peace and international security:

Principle 1. The UN plays a leading role in AI governance, defining rules for responsible state behavior with respect to activities within the lifecycle of AI systems and enhancing confidence building, promoting capacity building for ensuring equal, fair, non-discriminatory and inclusive access of all states to AI technology for sustainable development.

Principle 2. Any activities within the lifecycle of AI systems shall not be carried out contrary to the obligations under the UN Charter, especially in the way it endangers international peace and security. States should seek to prevent the proliferation of malicious AI models and tools.

States should not conduct or knowingly support AI-enabled activity contrary to its obligations under international law that constitute propaganda for war, misinformation, disinformation, manipulation of data, including with the use of deep fakes aimed at intimidation, escalation of military presence and all other forms of intervention or interference, direct or indirect, overt or covert; threatening the sovereignty and political independence of States, including with the aim of overthrowing their Governments; as well as aimed at deprivation of

peoples of their right to self-determination; provoking escalation or leading to armed conflict.

States shall refrain from any violation of international humanitarian law with respect to any activities within the lifecycle of AI systems, including by conducting AI-enabled operations against peacekeeping and humanitarian operations; targeting civilian objects, including medical facilities, impartial humanitarian organizations, works and installations containing dangerous forces objects indispensable for the civilian populations during armed conflicts or peacetime. States shall refrain from integrating AI systems and nuclear weapons or any prohibited types of weapons of mass destruction.

Principle 3. All states are obliged to respect, promote and protect all human rights within the lifecycle of AI systems. States should protect against human rights abuses caused by any activities within the lifecycle of AI systems by third parties, including businesses under their jurisdiction or effective control.

Principle 4. All international disputes arising out from AI-enabled activities shall be settled by peaceful means in such a manner that international peace and security are not endangered. In case of incidents caused by any activities with the use AI systems States should consider all relevant information, including the larger context of the event, the challenges of attribution in the ICT environment and the nature and extent of the consequences. Any means of pressure taken by States in the course of counter-measures in response to international wrongful act committed within the lifecycle of AI systems shall be performed in full compliance with norms of law of international responsibility.

States shall not apply unilateral coercive measures affecting any peaceful activities within the lifecycle of AI systems by other states.

Principle 5. States should not knowingly allow their territory to be used for internationally wrongful acts using AI systems

States should not conduct or knowingly support any AI-enabled activities contrary to its obligations under international law that intentionally damages critical infrastructure or otherwise impairs the use and operation of critical infrastructure to provide services to the public.

Principle 6. States should take all necessary measures to ensure safe, secure, non-discriminative and trustworthy AI systems under their jurisdiction or effective control, including by maintaining measures for the identification, assessment, prevention and mitigation of risks posed by AI systems by considering actual and potential impacts on human rights, international peace and security and sustainable development.

AI systems with unacceptable risks for the enjoyment of human rights, international peace and security shall be prohibited. AI systems with a high risk to international peace and security shall be prohibited. Human oversight of AI systems with a high risk to the enjoyment of human rights shall be guaranteed.

States should take appropriate measures to protect their critical infrastructure from AI-enabled threats.

Principle 7. States shall refrain from any AI-enabled activities undermining integrity of international law by misinformation, disinformation, manipulation of data, including with the use of deep fakes; falsifying history about the suffering of victims of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance and forms of discrimination in the historical perspective, in particular regarding commemoration of the victims of slavery and the transatlantic slave trade; for revisionism and attempts to falsify history, including for the purpose of glorification of Nazism or denial of crimes established by the International Military Tribunal in Nuremberg.

Principle 8. States shall prevent significant harm to the environment by exercising due diligence and using all means at their disposal to prevent in their activities within the lifecycle of AI carried out within their jurisdiction or control from causing said harm.

Principle 9. States should respond to appropriate requests for assistance by another State whose critical infrastructure is subject to any harm caused by the activities within lifecycle of AI systems. States should also respond to appropriate requests to mitigate such harm aimed at the critical infrastructure of another State emanating from their territory, taking into account due regard for sovereignty.

Principle 10. States should encourage responsible reporting of AI vulnerabilities and share associated information on available remedies to such vulnerabilities to limit and possibly eliminate potential threats to the enjoyment of human rights, international peace and security.

Principle 11. States should cooperate in preventing and combating malicious AI-enabled activities, especially carried out by terrorist groups, transnational criminal organized groups. States respond to appropriate requests for assistance by another State in such cases.

Principle 12. States are responsible for violations of international law, including their human rights obligations, arising out from the activities within the lifecycle of AI systems.

CONCLUSION

AI systems may be used in a manner inconsistent with international law, which can endanger national and international security.

In view of uncertainty surrounding the risks, opportunities and impacts of AI, and the need to assess future directions and implications of AI systems, any efforts to conclude a treaty of universal character governing safe, secure and responsible use of AI by states are premature now. At the same time voluntary, non-binding principles of responsible State behavior with respect to activities

within the lifecycle of AI systems may enhance stability and security in the global information and communications technology environment, and facilitate, at a later stage, the conclusion of the United Nations convention in this area.

The Council of Europe Framework Convention on AI and human rights, democracy and the rule of law can't serve as a treaty of universal character since it's not open for all interested states and sets a series of conditions to be fulfilled for the accession to this convention by non-member states of the Council of Europe.

The principles of responsible state behavior with respect to activities within the lifecycle of AI systems in the context of international peace and security proposed in this article have been elaborated on the basis of principles of international law enshrined in the UN Charter (sovereign equality of states, prohibition of intervention into domestic affairs, non use of force or the threat to use force etc.), jus cogens norms, existing legal instruments applicable to this issue, soft law, including resolutions of the UN General Assembly, the principles for ethical development and use of AI developed by international organizations; norms, rules and principles of responsible state behavior in cyberspace etc. The principles are developed within a threat-based approach. In particular, a list of potential AI-enabled threats to international peace and security has been identified, which is grounded on the UN Security Council practice on the determination of the existence of a threat to the peace, applicable resolutions of the General Assembly, reports on AI-enabled risks, statements of the Secretary-General and other relevant sources.

REFERENCES

Access to electricity (% of the population). (2025). Retrieved from World Bank Group data: <https://data.worldbank.org/indicator/EG.ELC.ACCS.ZS>

Advisory Opinion Obligations of States in respect of Climate Change (International Court of Justice July 23, 2025).

AI data security. (2025, May 23). Retrieved from Australian Signals Directorate : <https://www.cyber.gov.au/business-government/secure-design/artificial-intelligence/ai-data-security>

Anthropic. (2025, November). Disrupting the first reported AI-orchestrated cyber espionage campaign, Full report. Retrieved from <https://assets.anthropic.com/m/ec212e6566a0d47/original/Disrupting-the-first-reported-AI-orchestrated-cyber-espionage-campaign.pdf>

Antropic. (2025, August 27). Retrieved from Detecting and countering misuse of AI: August 2025: <https://www.anthropic.com/news/detecting-countering-misuse-aug-2025>

Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium) (International Court of Justice 14 <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-00-EN.pdf>, 2002).

ASEAN. (2025). ASEAN Responsible AI Roadmap. Retrieved from <https://asean.org/wp-content/uploads/2025/02/ASEAN-Responsible-AI-Roadmap-Final.docx.pdf>

Best Practices Guide for Chairs and Members of United Nations Sanctions Committees. (2018). Retrieved from Sanctions Research Platform: <https://sanctionsplatform.ohchr.org/record/4358>

Boyko, S. (2022). Political and Legal Framework of the International Information Security System: Russian Approaches and Initiatives. *Russian Journal of World Politics and Law of Nations*, 1(1-2), 4-22.

Business and Human Rights Resource Centre. (2025). UN Secretary General says malicious use of AI could cause horrific damage & calls for new UN body to tackle the risks. Retrieved from <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/un-secretary-general-says-malicious-use-of-ai-could-cause-horrific-damage-call-for-new-un-body-to-tackle-the-risks/>

Chief Executives Board for Coordination. (2022). Principles for the Ethical Use of Artificial Intelligence in the United Nations System (Advanced unedited version). Retrieved from United Nations: https://unsceb.org/sites/default/files/2022-09/Principles%20for%20the%20Ethical%20Use%20of%20AI%20in%20the%20UN%20System_1.pdf

Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership. (2018, March 8). Retrieved from United Nations Treaty Collection: https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=080000028056a333&clang=_en

Constitution and Convention of the International Telecommunication Union. (1992, December 22). Retrieved from United Nations Treaty Collection : https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=08000002800b0730&clang=_en

Convention on International Civil Aviation. (1944, December 7). Retrieved from United Nations Treaty Collection : https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280163d69&clang=_en

Convention on International Information Security (concept) (rus). (2011). Retrieved from ПИР-Центр: <https://pircenter.org/editions/konvencija-ob-obespechenii-mezhdunarodnoj-informacionnoj-bezopasnosti-koncepcija-rf/>

Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. (1948, December 9). Retrieved from United Nations Treaty Collection: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-1&chapter=4

Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania) (International Court of Justice April 9, 1949).

~~Ministry for Foreign Affairs of Japan~~ <https://www.mofa.go.jp/mofaj/files/100792866.pdf> Developments in the field of information and telecommunications in the context of international security. (2023). Retrieved from United Nations Office for Disarmament Affairs: <https://disarmament.unoda.org/en/our-work/emerging-challenges/developments-field-information-and-telecommunications-context>

Dörr, O. (2019). Use of Force, Prohibition of. Retrieved from Max Planck Encyclopedias of International Law : <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e427>

ENISA. (2020, December). AI Cybersecurity Challenges. Threat Landscape for Artificial Intelligence. Retrieved from <https://www.enisa.europa.eu/sites/default/files/publications/ENISA%20Report%20-%20Artificial%20Intelligence%20Cybersecurity%20Challenges.pdf>

Framework Convention on Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law. (2024, September 5). Retrieved from : Ministry for Foreign Affairs of Japan <https://www.mofa.go.jp/mofaj/files/100792866.pdf>

G 20. (2019). Principles for responsible stewardship of Trustworthy AI. Retrieved from Ministry for Foreign Affairs of Japan: https://www.mofa.go.jp/policy/economy/g20_summit/osaka19/pdf/documents/en/annex_08.pdf

G20 AI Principles. (2019). Retrieved from Ministry of Foreign Affairs of Japan: https://www.mofa.go.jp/policy/economy/g20_summit/osaka19/pdf/documents/en/annex_08.pdf

Geneva Convention for the amelioration of the condition of the wounded and sick in armed forces in the field. (1949, August 12). Retrieved from United Nations Treaty Collection: <https://treaties.un.org/pages/showDetails.aspx?objid=080000028015847c>

Group of Governmental Experts on Advancing Responsible State Behaviour in Cyberspace in the Context of International Security. (2021). Report of the Group of Governmental Experts on Advancing Responsible State Behaviour in Cyberspace in the Context of International Security, A/76/135. Retrieved from United Nations: <https://docs.un.org/en/A/76/135>

Horowitz, M., Scharre, P., Allen, G., Frederick, K., Cho, A., & Saravalle, E. (2018, July). Artificial Intelligence and International Security. Retrieved from https://s3.us-east-1.amazonaws.com/files.cnas.org/hero/documents/CNAS-AI-and-International-Security-July-2018_Final.pdf

IBM. (2025). Retrieved from What are AI hallucinations?: <https://www.ibm.com/think/topics/ai-hallucinations>

Impact of AI on cyber threat from now to 2027. (n.d.). Retrieved from National Cyber Security Centre: <https://www.ncsc.gov.uk/report/impact-ai-cyber-threat-now-2027>

Individuals using the Internet (% of the population). (2025). Retrieved from World Bank Group data: <https://data.worldbank.org/indicator/IT.NET.USER.ZS>

International AI Safety Report 2025. (2025). Retrieved from <https://internationalaisafetyreport.org/publication/international-ai-safety-report-2025>

International code of conduct for information security: annex to the letter dated 12 September 2011 to the United Nations addressed to the Secretary-General, A/66/359. (2011, September 12). Retrieved from United Nations: <https://docs.un.org/en/a/66/359>

International Convention concerning the Use of Broadcasting in the Cause of Peace. (1936, September 23). Retrieved from United Nations Treaty Collection : https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280046246&clang=_en

International Convention concerning the Use of Broadcasting in the Cause of Peace. Participants. (2025). Retrieved from United Nations: https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280046246&clang=_en

International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid. (1973, November 30). Retrieved from United Nations Treaty Collection: https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=treaty&mtdsg_no=iv-7&chapter=4&clang=_en

International Covenant on Civil and Political Rights. (1966, December 16). Retrieved from United Nations Treaty Collection : https://treaties.un.org/PAGES/ViewDetails.aspx?chapter=4&clang=_en&mtdsg_no=IV-4&src=TREATY

International Law Commission . (2022). Draft conclusions on identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (jus cogens). Yearbook of the International Law Commission, II, Part Two.

International Law Commission . (2006). Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries . Retrieved from https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf

ITU. (2024). Recommendation ITU-T Y.3142. Retrieved from https://www.itu.int/rec/dologin_pub.asp?lang=e&id=T-REC-Y.3142-202404-I!!PDF-E&type=items

Kangeter, L. (2024, June). A Lifecycle Approach to AI Risk Reduction. Retrieved from Institute for security and technology : <https://securityandtechnology.org/wp-content/uploads/2024/06/A-Lifecycle-Approach-to-AI-Risk-Reduction.pdf>

Lennon, C. (2025, September 25). UN moves to close dangerous void in AI governance. Retrieved from UN News: <https://news.un.org/en/story/2025/09/1165898>

Makhortykh, M., & Mann, H. (2024). AI and the Holocaust: rewriting history? The impact of artificial intelligence on understanding the Holocaust. Retrieved from <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000390211>

Mandate of the Special Rapporteur on the negative impact of unilateral coercive measures on the enjoyment of human rights. (2025). Guiding principles on sanctions, business and human rights. Commentary. Retrieved from <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/ucm/commentary-gpssbhr-2025.pdf>

Mandate of the Special Rapporteur on the negative impact of unilateral coercive measures on the enjoyment of human rights. (2025). Guiding principles on sanctions. business and human rights . Retrieved from <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/ucm/events/international-conf-sanctions-business-hr/gps-sanctions-business-hr.pdf>

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States of America) (Merits) (International Court of Justice June 27, 1986).

Mishra, V. (2025, September 24). United Nations. Retrieved from AI must not decide humanity's fate, UN chief warns Security Council: <https://news.un.org/en/story/2025/09/1165942>

Nations, U. (1984, November 23). Status of the International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid, A/Res/39/19. Retrieved from United Nations: <https://docs.un.org/en/A/RES/39/18>

OECD. (2019). OECD AI Principles. Retrieved from <https://www.oecd.org/en/topics/ai-principles.html>

OECD. (2025). Overview and methodology of the AI Incidents and Hazards Monitor. Retrieved from <https://oecd.ai/en/incidents-methodology>

Office for Disarmament Affairs . (2025). Developments in the field of information and telecommunications in the context of international security. Retrieved from United Nations: <https://disarmament.unoda.org/en/our-work/emerging-challenges/developments-field-information-and-telecommunications-context>

Open-ended working group on security of and in the use of information and communications technologies 2021–2025. (2022). Developments in the field of information and telecommunications in the context of international security, A/77/275. Retrieved from <https://docs.un.org/en/A/77/275>

Open-ended working group on security of and in the use of information and communications technologies 2021–2025. (2023). Developments in the field of information and telecommunications in the context of international security, A/78/265. Retrieved from <https://docs.un.org/en/A/78/265>

Open-ended working group on security of and in the use of information and communications technologies 2021–2025. (2024). Developments in the field of information and telecommunications in the context of international security, A/79/214 . Retrieved from file:///C:/Users/user/Downloads/A_79_214-EN.pdf

Pashentsev, E., Bazarkina, D., & Sebekin, S. (2024). Malicious Use of AI and Challenges to Psychological Security of BRICS Countries Malicious Use of AI and Challenges to Psychological Security of BRICS Countries Report. Retrieved from https://www.researchgate.net/publication/379815218_Malicious_Use_of_AI_and_Challenges_to_Psychological_Security_of_BRICS_Countries_Malicious_Use_of_AI_and_Challenges_to_Psychological_Security_of_BRICS_Countries_Report

Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of international armed conflicts (Protocol I). (1977, June 8). Retrieved from United Nations Treaty Collection: <https://treaties.un.org/pages/showdetails.aspx?objid=08000002800f3586>

Puscas, I. (2023, October 12). AI and International Security. Understanding the risks and Paving the Path for Confidence-Building Measures. Retrieved from UNIDIR: https://unidir.org/wp-content/uploads/2023/10/UNIDIR_AI-international-security_understanding_risks_paving_the_path_for_confidence_building_measures.pdf

Qian, Y., Siau, K., & Nah, F. (2024, June). Societal impacts of artificial intelligence: Ethical, legal, and governance issues. Societal impacts, 3, 1-5. Retrieved from <https://pdf.sciencedirectassets.com/782283/1-s2.0-S2949697723X00034/1-s2.0-S2949697724000055/main.pdf?X-Amz-Security-Token=IQoJb3JpZ2luX-2VjEAKaCXVzLWVhc3QtMSJIMEYCIQDibBKV2fCAS5ZpLK21ba47WsZ-bU4U4WOaOmBsDAGR9RgIhAIdEa32pFMehPJdBNAbVMGn32P%2F84c-vcyN3WsDzdCV>

Quelch, I. (2023). Red Cross France tackles AI image fakery with latest campaign. Retrieved from NewDigitalAge: <https://newdigitalage.co/advertising/red-cross-france-not-generated-by-ai-ogilvy/>

Redacción Razones de Cuba. (2024, June 12). Conversando con la IA sobre la situación económica en Cuba (I). Retrieved from <https://razonesdecuba.cu/conversando-con-la-ia-sobre-la-situacion-economica-en-cuba-i/>

Regional Comprehensive Economic Partnership. (2020, November 15). Retrieved from UNCTAD: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investmenttreaties/4935/rcep-2020->

Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence . (2024, June 13). Retrieved from EUR-lex: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj/eng>

Ridings, P. (2024). Due Diligence in International Law. Retrieved from International Law Commission: <https://legal.un.org/ilc/reports/2024/english/annex2.pdf>

Safety and security risks of generative artificial intelligence to 2025 (Annex B). (2025). Retrieved from Department for Science, Innovation and Technology: <https://www.gov.uk/government/publications/frontier-ai-capabilities-and-risks-discussion-paper/safety-and-security-risks-of-generative-artificial-intelligence-to-2025-annex-b>

Sami, W. (n.d.). Modern Diplomacy. Retrieved from The Perilous Role of Artificial Intelligence and Social Media in Mass Protests: <https://moderndiplomacy.eu/2024/12/07/the-perilous-role-of-artificial-intelligence-and-social-media-in-mass-protests/>

SCO. (2025, September 1). Tianjin Declaration of the Shanghai Cooperation Organization. Retrieved from DiPLO: <https://www.diplomacy.edu/resource/tianjin-declaration-of-the-shanghai-cooperation-organization/>

Security Council Report. (2023, December 19). Retrieved from Arria-formula Meeting on “Artificial Intelligence: Its Impact on Hate Speech, Disinformation and Misinformation”: <https://www.securitycouncilreport.org/whatsinblue/2023/12/arria-formula-meeting-on-artificial-intelligence-its-impact-on-hate-speech-disinformation-and-misinformation.php>

Security Council Report. (2025, April 4). Retrieved from Arria-formula Meeting Concept Note: Harnessing safe, inclusive, trustworthy AI for the maintenance of international peace and security: <https://www.securitycouncilreport.org/un-documents/document/arria-formula-meeting-concept-note-harnessing-safe-inclusive-trustworthy-ai-for-the-maintenance-of-international-peace-and-security.php>

Technology and society. (2021). Retrieved from Bias and Discrimination in AI: A Cross-Disciplinary Perspective: <https://technologyandsociety.org/bias-and-discrimination-in-ai-a-cross-disciplinary-perspective/>

The Digital Economy Partnership Agreement (DEPA). (2020, June 12). Retrieved from New Zealand Ministry of Foreign Affairs and Trade: <https://isomer-user-content.by.gov.sg/166/9f2ab40f-0ad1-4925-b8d5-03bdb2dda5eb/Digital%20Economy%20Partnership%20Agreement.pdf>

Ministry for Foreign Affairs of Japan <https://www.mofa.go.jp/mofaj/files/100792866.pdf> Threat. (n.d.). Retrieved from Collins Dictionary: https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english-thesaurus/threat#threat_1

Threat to peace . (n.d.). Retrieved from The United Nations Terminology Database: <https://unterm.un.org/unterm2/en/view/48737729-e97b-4f07-a86b-ca2d-963c64af>

Toledo, M. C. (2025). Threats, risks and challenges to national securit. Retrieved from Instituto Español de Estudios Estratégicos : https://www.defensa.gob.es/documents/2073105/2383976/amenazas_riesgos_y+desafios_a_la_seguridad_nacional_2025_dieeem03_eng.pdf/10468d78-7b52-6c8f-1d51-27aa1bae1234?t=1759217806364

Townley, S. (n.d.). The Rise of Risk in International Law. Retrieved from Chicago Journal of International Law: <https://cjl.uchicago.edu/print-archive/rise-risk-international-law>

UN AI Advisory body. (2024). Retrieved from Governing AI for humanity : https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/governing_ai_for_humanity_final_report_en.pdf

UN General Assembly. (2024, July 1). Enhancing international cooperation on capacity-building of artificial intelligence, A/Res/78/311. Retrieved from <https://docs.un.org/en/A/RES/78/311>

UN Secretary-General's . (2019). Declaration of digital interdependence High-level Panel on Digital Cooperation. Retrieved from United Nations: <https://www.un.org/digital-emerging-technologies/content/about>

UN Security Council. (1993, May 25). Resolution 827 (1993). Retrieved from United Nations: [https://docs.un.org/en/S/RES/827\(1993\)](https://docs.un.org/en/S/RES/827(1993))

UN Security Council. (1994, November 8). Resolution 955 (1994). Retrieved from United Nations: [https://docs.un.org/en/S/RES/955\(1994\)](https://docs.un.org/en/S/RES/955(1994))

UN Security Council. (2024). Pact of the Future. Recommendations for Security Council Action. Retrieved from https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/chapter_2_report.pdf

UNESCO. (2021). Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence. Retrieved from UNESDOC: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000381137>

United Nations. (2004). Retrieved from A more secure world: Our shared responsibility, Report of the High-level Panel on Threats, Challenges and Change: https://www.un.org/peacebuilding/sites/www.un.org.peacebuilding/files/documents/hlp_more_secure_world.pdf

United Nations. (2015). Retrieved from Report of the Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security, A/70/174: <https://docs.un.org/en/A/70/174>

United Nations. (2023, July 18). Retrieved from Secretary-General Urges Security Council to Ensure Transparency, Accountability, Oversight, in First Debate on Artificial Intelligence: <https://press.un.org/en/2023/sgsm21880.doc.htm>

United Nations Charter. (1945, June 26). San Francisco.

United Nations Convention against Cybercrime; Strengthening International Cooperation for Combating Certain Crimes Committed by Means of Information and Communications Technology Systems and for the Sharing of Evidence in Electronic Form of Serious Crimes. (2024, December 24). Retrieved from United Nations Treaty Collection: https://treaties.un.org/doc/Treaties/2024/12/20241224%2001-27%20PM/Ch_XVIII_16.pdf

United Nations Convention on the Law of the Sea. (1982, December 10). Retrieved from United Nations Treaty Collection: <https://treaties.un.org/pages/showdetails.aspx?objid=0800000280043ad5>

United Nations General Assembly . (2024, September 22). The Pact for the Future, A/RES/79/1. Retrieved from United Nations: <https://docs.un.org/en/A/RES/79/1>

United Nations General Assembly. (1985, December 16). Economic and social consequences of the armaments race and its extremely harmful effects on world peace and security, A/RES/40/150. Retrieved from United Nations: <https://docs.un.org/en/A/RES/40/150>

United Nations General Assembly. (1987, December 7). Importance of the universal realization of the right of peoples to self-determination and of the speedy granting of independence to colonial countries and peoples for the effective guarantee and observance of human rights. Retrieved from United Nations: <https://digitallibrary.un.org/record/152786?v=pdf#files>

United Nations General Assembly. (1989, December 11). Implementation of the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples. Retrieved from United Nations: <https://docs.un.org/en/A/RES/44/101>

United Nations General Assembly. (1989, December 11). Implementation of the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, A/RES/44/101. Retrieved from United Nations: <https://docs.un.org/en/A/RES/44/101>

United Nations General Assembly. (2015, December 17). Torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, A/RES/70/146. Retrieved from United Nations: <https://docs.un.org/en/A/RES/70/146>

United Nations General Assembly. (2024). Global digital compact, A/79/L.2. Получено из United Nations: https://www.un.org/global-digital-compact/sites/default/files/2024-09/Global%20Digital%20Compact%20-%20English_0.pdf

United Nations General Assembly. (2024, December 24). Resolution adopted by the General Assembly, A/RES/79/243. Retrieved from <https://docs.un.org/en/a/res/79/243>

United Nations General Assembly. (2024, September). The Pact for the Future. Retrieved from United Nations: <https://docs.un.org/en/a/res/79/1>

United Nations General Assembly. (2025, August 26). Terms of reference and modalities for the establishment and functioning of the Independent International Scientific Panel on Artificial Intelligence and the Global Dialogue on Artificial Intelligence Governance. Retrieved from United Nations: <https://docs.un.org/en/A/RES/79/325>

United Nations Global Compact. (2025, April 30). Artificial Intelligence and the Sustainable Development Goals: Operationalizing technology for a sustainable future. Retrieved from United Nations Global Compact: <https://unglobalcompact.org/compactjournal/artificial-intelligence-and-sustainable-development-goals-operationalizing>

United Nations Regional Centre for Western Europe. (2025, September 26). The artificial intelligence we want. Retrieved from <https://unric.org/en/the-artificial-intelligence-we-want/>

United Nations Security Council. (2023, June 14). United Nations. Retrieved from Resolution 2686 (2023): <https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s-res-2686.pdf>

United Nations Security Council. (2025). Consideration of the provisions of Chapter V-II of the Charter. Retrieved from Actions with Respect to Threats to the Peace, Breaches of the Peace, and Acts of Aggression: <https://main.un.org/securitycouncil/en/content/repertoire/actions#rel1>

UNSC. (2014-2015). Part VII. Actions with respect to threats to the peace. Retrieved from United Nations: https://www.un.org/securitycouncil/sites/www.un.org/securitycouncil/files/part_vii_2014-2015.pdf#page=6

UNSC. (2016-2017). Part VII. Actions with respect to threats to the peace,. Retrieved from United Nations: https://www.un.org/securitycouncil/sites/www.un.org/securitycouncil/files/part_vii_2016-2017.pdf#page=6

UNSC. (n.d.). Actions with Respect to Threats to the Peace, Breaches of the Peace, and Acts of Aggression. Retrieved from United Nations: <https://www.un.org/securitycouncil/content/repertoire/actions>

Updated concept for a convention of the United Nations on ensuring international information security : Annex to the letter dated 15 May 2023 addressed to the Secretary-General, A/77/894. (2023). Retrieved from United Nations: <https://docs.un.org/en/A/77/894>

Updated Concept of the Convention of the United Nations on Ensuring International Information Security. (2021). Retrieved from [https://docs-library.unoda.org/Open-Ended_Working_Group_on_Information_and_Communication_Technologies_-__\(2021\)/ENG_Concept_of_UN_Convention__on_International_Information_Security_Proposal_of_the_Russian_Federation.pdf](https://docs-library.unoda.org/Open-Ended_Working_Group_on_Information_and_Communication_Technologies_-__(2021)/ENG_Concept_of_UN_Convention__on_International_Information_Security_Proposal_of_the_Russian_Federation.pdf)

Verush, A. (2018). Relation of categories “risk”, “challenge”, “threat” in the theory of national security (rus). Scientific Works of the Republican Institute of the Higher School. Philosophical-Humanitarian Sciences, 17, 24-30.

Vienna Convention on Consular Relations. (1963, April 26). Retrieved from United Nations Treaty Collection: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-6&chapter=3

Vienna Convention on Diplomatic Relations. (1961, April 18). Retrieved from United Nations Treaty Collection: https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=treaty&mtdsg_no=iii-3&chapter=3&clang=_en

Vienna Convention on the Law of Treaties. (1969, May 23). United Nation, Treaty Series, 1155, 331. Vienna.

Völk, K., & Nguyen, K. (2025). BBC news. Retrieved from BBC reveals web of spammers profiting from AI Holocaust images: <https://www.bbc.com/news/articles/ckg4xjk1g1xo>

Wet, E. D., & Wood, M. (2022, January). Peace, Threat to the. Retrieved from Oxford Public International Law: <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e374>

Wood, M., & Sender, O. (2024). Identification of Customary International Law. Oxford: Oxford University Press.

World Economic Forum. (2025, September). Advancing Responsible AI Innovation: A Playbook. Insight report. Retrieved from https://reports.weforum.org/docs/WEF_Advancing_Responsible_AI_Innovation_A_Playbook_2025.pdf

World Health Organization . (2023). Regulatory considerations on artificial intelligence for health. Retrieved from <https://iris.who.int/server/api/core/bitstreams/ad62580f-540f-4e36-b957-e7f2946ae1fb/content>

Yampolskiy, R. (2024). *AI Unexplainable, Unpredictable, Uncontrollable*. New York: Routledge.

Yousif, N. (2025, July 8). Imposter used AI to pose as Marco Rubio and contact foreign ministers. Retrieved from BBC: <https://www.bbc.com/news/articles/crrqkyjyewno>

CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE E DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

CONCENTRATED CONSTITUTIONALITY REVIEW AND WOMEN'S HUMAN RIGHTS IN BRAZIL: AN ANALYSIS OF THE JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL SUPREME COURT

NATALIA SILVEIRA DE CARVALHO¹

RESUMO

Este artigo analisa a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) no reconhecimento do direito das mulheres a uma vida livre de violência, com foco em decisões proferidas no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade. A pesquisa adota uma abordagem crítica, com base em pressupostos teóricos que valorizam a centralidade da igualdade substantiva e da vulnerabilidade como fundamento da justiça. Realizou-se pesquisa empírica sobre um conjunto de decisões do STF que foram analisadas com a técnica da análise de conteúdo, com abordagem indutiva. Os acórdãos foram indexados pelas palavras-chave “mulher” e “violência”, utilizando-se o software ATLAS.ti para organização e codificação do material. Neste artigo, analiso quatro categorias advindas do corpo de decisões: vulnerabilidade, proteção suficiente, igualdade substantiva e gênero como construção social. Os resultados indicam que, embora o STF reconheça a legitimidade de medidas voltadas ao enfrentamento da violência de gênero contra as mulheres e invoque princípios constitucionais e compromissos internacionais, sua jurisprudência apresenta lacunas teóricas quanto ao aporte do constitucionalismo feminista. Observa-se uma atuação que, apesar de relevantes avanços normativos, ainda opera com concepções restritivas sobre igualdade e gênero, limitando o potencial transformador das decisões. O estudo contribui para o debate sobre os desafios e as possibilidades da incor-

ABSTRACT

This article analyzes the performance of the Brazilian Federal Supreme Court (STF) in recognizing women's right to a life free from violence, focusing on decisions rendered within the scope of concentrated constitutionality control. The research adopts a critical approach, based on theoretical assumptions that emphasize the centrality of substantive equality and vulnerability as the foundation of justice. Empirical research was conducted on a set of STF decisions, which were analyzed using the content analysis technique with an inductive approach. The court rulings were indexed by the keywords “woman” and “violence,” using ATLAS.ti software for the organization and coding of the material. In this article, I analyze four categories arising from the body of decisions: vulnerability, sufficient protection, substantive equality, and gender as a social construct. The results indicate that, although the STF recognizes the legitimacy of measures aimed at tackling gender-based violence against women and invokes constitutional principles and international commitments, its jurisprudence presents theoretical gaps regarding the contribution of feminist constitutionalism. It is observed that, despite relevant normative advances, the Court's performance still operates with restrictive conceptions of equality and gender, limiting the transformative potential of its decisions. The study contributes to the debate on the challenges and possibilities of incorporating femi-

1 Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Estudos Interdisciplinares sobre Mulheres, Gênero e Feminismo pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professora do curso de Direito da Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC). E-mail: nscarvalho@uesc.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6081-192X>

poração de perspectivas feministas no campo da jurisdição constitucional brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Supremo Tribunal Federal. Constitucionalismo Feminista. Direitos Humanos das Mulheres. Violência de Gênero.

nist perspectives into the field of Brazilian constitutional jurisdiction.

KEYWORDS: Federal Supreme Court. Feminist Constitutionalism. Women's Human Rights. Gender Violence.

INTRODUÇÃO

A promulgação da Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha (LMP), é frequentemente atribuída à repercussão do caso paradigmático de Maria da Penha Fernandes e à condenação do Estado brasileiro pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 2001. Essa narrativa — centrada na causalidade entre um caso individual e a reforma legislativa —, embora relevante, silencia dimensões coletivas da luta por direitos das mulheres. Ao privilegiar a internacionalização como fator determinante da mudança normativa, corre-se o risco de apagar o protagonismo do movimento feminista brasileiro² e a complexidade política envolvida na construção da agenda de enfrentamento à violência de gênero. Desde então, o tema dos direitos humanos das mulheres atingiu cada vez mais relevância junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), o que tem resultado em uma jurisprudência que merece ser analisada.

Com este objeto, adoto³ uma perspectiva feminista crítica para analisar a atuação do Supremo em ações de controle concentrado de constitucionalidade que envolvem o direito das mulheres a uma vida livre de violência, a fim de compreender como o Supremo atua na constitucionalização deste direito. A hipótese central é a de que, embora o STF desempenhe papel relevante no reconhecimento e concretização dos direitos das mulheres, sua atuação é marcada por ambiguidades: ao mesmo tempo em que reconhece avanços normativos, frequentemente recorre a fundamentos que limitam a transformação estrutural das desigualdades de gênero.

A partir do constitucionalismo feminista, o trabalho propõe deslocar o foco da autonomia individual para a responsabilidade coletiva do Estado diante das múltiplas formas de dependência e precariedade que atravessam a experiência feminina. A análise foi realizada por meio da técnica de análise de conteúdo

2 SEVERI, Fabiana Cristina. Enfrentamento à violência contra as mulheres e à domesticação da Lei Maria da Penha: elementos do projeto jurídico feminista no Brasil. Tese de livre-docência. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – Universidade de São Paulo, 2017.

3 Ao longo do artigo utilizo a escrita em primeira pessoa de modo proposital, inspirada pelas epistemologias do ponto de vista. Por esta ótica, a relação entre sujeito e objeto da pesquisa é mediada pela política, não havendo neutralidade possível na elaboração da pergunta ou em todas as demais etapas de construção do conhecimento científico. Sandra Harding (1996) defende a ideia de uma objetividade forte, segundo a qual é necessário revelar o ponto de vista do sujeito da pesquisa, como forma de honestidade acadêmica e garantia de um conhecimento objetivo. Um dos recursos passíveis de utilização para tal propósito é a escrita em primeira pessoa.

aplicada a acórdãos indexados com as palavras-chave “mulher” e “violência”, buscando identificar os sentidos produzidos pelo STF sobre a efetivação dos direitos das mulheres. Ao fazer isso, pretende-se contribuir para o debate sobre os limites e as possibilidades de um constitucionalismo feminista no contexto jurídico brasileiro contemporâneo.

1. CONSTITUCIONALISMO FEMINISTA E DIREITOS DAS MULHERES NO BRASIL

A atuação do Supremo Tribunal Federal no reconhecimento dos direitos das mulheres a uma vida livre de violência tem sido objeto de crescente atenção acadêmica, especialmente no campo dos estudos de gênero e das teorias feministas do Direito. No contexto da Constituição de 1988 — marcada pelo protagonismo de movimentos sociais na definição de direitos fundamentais —, as decisões do STF assumem papel central na constitucionalização dos direitos das mulheres, ainda que muitas vezes produzam respostas ambíguas ou insuficientes.

Para melhor compreender tais complexidades, a proposta teórica de Martha Fineman⁴ sobre a vulnerabilidade é incorporada como categoria analítica central. A autora argumenta que a vulnerabilidade é uma condição ontológica comum a todos os seres humanos, embora socialmente experienciada de forma desigual em razão de marcadores como gênero, raça e classe. O Estado, portanto, deve ser pensado não como árbitro neutro, mas como instituição corresponsável pela redistribuição de recursos e pela construção de condições materiais para a dignidade e a segurança, sobretudo daqueles que se encontram em posições agravadas de vulnerabilidade. A partir desse marco, busca-se analisar como o STF responde a essa responsabilidade no enfrentamento da violência de gênero.

Como propõem Beverley Baines, Daphne Barak-Erez e Tsvi Kahana⁵, o constitucionalismo feminista consiste em um projeto de reinterpretação crítica do direito constitucional, fundado na experiência e no saber feminista. Esse projeto não se limita a acrescentar a categoria gênero ao rol de análises constitucionais, mas busca transformar os próprios alicerces normativos e epistemológicos do constitucionalismo, incorporando a perspectiva das mulheres e das desigualdades que as atravessam. Como crítica, vale retomar a compreensão de Nancy Fraser⁶, para quem

4 FINEMAN, Martha Albertson. *The Autonomy Myth: A Theory of Dependency*. New York: The New Press, 2004.

5 BAINES, Beverley; BARAK-EREZ, Daphne; KAHANA, Tsvi (orgs.). *Feminist constitutionalism: global perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

6 FRASER, Nancy. Que É Crítico na Teoria Crítica? O Argumento de Habermas e Gênero. In BENHABIB, Seyla; CORNELL, Drucilla (coord.). *Feminismo como crítica da Modernidade*. Trad. Nathanael da Costa Caixeiro. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1987, p. 38.

Uma teoria social crítica projeta o seu programa de pesquisa e a sua estrutura conceptual como um olho nos objetivos e atividades daqueles movimentos sociais opositores com os quais tem uma identificação partidária embora não acrítica. As questões que ela coloca e os modelos que projeta são constituídos por aquelas identificações e aquele interesse.

Uma vez adotando uma concepção crítica comprometida a compreender e enfrentar as relações de gênero produtoras de desigualdades, subordinação e exploração das mulheres e outros grupos generificados, em identificação com o pensamento dos feminismos contemporâneos, o direito constitucional é lido como uma estrutura normativa que produz efeitos materiais desiguais, especialmente sobre mulheres e populações marginalizadas.

Seguindo essa perspectiva, Salete Maria da Silva⁷ argumenta que a crítica feminista ao Direito é fundamental para a desconstrução dos paradigmas patriarcais que sustentam a produção jurídica. A igualdade, nesse contexto, torna-se uma categoria analítica central como exigência de transformação das estruturas de exclusão que impedem o exercício pleno da cidadania pelas mulheres. A igualdade formal, como critério de tratamento isonômico perante a lei, é insuficiente diante de desigualdades sistemáticas e historicamente produzidas. Em outro giro, Carol Smart⁸ sustenta que o direito é uma tecnologia produtora de relações de gênero e, portanto, imerso na produção e reprodução das desigualdades que também se pautam, de forma estrutural, pela ordem de gênero. É nesse ponto que se insere a defesa da igualdade substantiva, que impõe ao Estado a responsabilidade de atuar ativamente na eliminação de obstáculos sociais e institucionais à equidade.

Em diálogo com este ponto de vista, Puja Kapai⁹ destaca a importância de romper com os pressupostos universalizantes que sustentam muitas respostas jurídicas à violência contra as mulheres. Ao criticar a ideia de uma vítima abstrata — autônoma, consciente da violência e capaz de buscar sozinha proteção —, Kapai propõe uma abordagem feminista que articule interseccionalidade, deveres positivos do Estado e participação das mulheres marginalizadas na formulação das respostas jurídicas.

Na mesma direção, Martha Fineman¹⁰ propõe outro deslocamento: abandonar a figura do sujeito autônomo como centro do constitucionalismo e

7 SILVA, Salete Maria da. *Constituição e diferença: por uma crítica feminista ao direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

8 SMART, Carol. *The Ties That Bind: Law in the Reproduction of Patriarchal Relations*. London: Routledge, 2020.

9 KAPAI, Puja. *Minority women: a struggle for equal protection against domestic violence*. In: BAINES, Beverley; RUBIO-MARÍN, Ruth (orgs.). *The gender of constitutional jurisprudence*. New York: Cambridge University Press, 2004. p. 255–281.

10 FINEMAN, Martha Albertson. *The Autonomy Myth: A Theory of Dependency*. New York: The New Press, 2004.

substituí-lo pela noção de sujeito vulnerável. Para a autora, a vulnerabilidade é uma condição ontológica da existência humana, que deve ser reconhecida pelo Estado como fundamento da responsabilidade coletiva. Essa abordagem enfatiza que a justiça substantiva só pode ser alcançada quando o Estado reconhece a assimetria de recursos, de posições e riscos sociais, e atua para compensá-la por meio de políticas públicas e decisões judiciais comprometidas com a equidade material – esta postura não seria uma ofensa à legalidade, nem ao reconhecimento da agência dos sujeitos.

Desse modo, gênero é útil¹¹ para o constitucionalismo enquanto categoria disposta a desconstruir a naturalização das hierarquias produzidas a partir das diferenças sexuais percebidas. Dentre as autoras da teoria feminista do Direito, há muito se fala do não reconhecimento das mulheres como sujeitos de Direito e da cidadania de segunda classe¹² que o constitucionalismo liberal produziu não só para as mulheres.

A. HISTÓRIA CONSTITUCIONAL E LUTAS FEMINISTAS NO BRASIL

A exclusão das mulheres da cidadania constitucional brasileira, como já sustentaram Salete Maria da Silva¹³, Jacqueline Pitanguy e Leila Linhares Basted¹⁴, foi historicamente sustentada tanto pela ausência formal de direitos quanto pela construção de um sujeito político masculino como padrão de referência do ordenamento jurídico. Durante a Primeira República, embora não houvesse norma explícita que vedasse o sufrágio feminino, a interpretação dominante considerava o voto um atributo naturalmente masculino. Esse vácuo normativo foi mobilizado por feministas como Bertha Lutz, que buscaram no próprio texto constitucional de 1891 argumentos para legitimar a inclusão das mulheres no eleitorado. A vitória parcial desse movimento se expressa na introdução do voto feminino no Código Eleitoral de 1932, posteriormente incorporado à Constituição de 1934.

Apesar de representar um marco, essa conquista conviveu com retrocessos institucionais. A Constituição de 1937, elaborada sob o Estado Novo,

11 SCOTT, Joan W. Gênero: uma categoria útil para análise histórica. Trad. SOS Mulher, Recife, 1991.

12 BARTLETT, Katherine T. Feminist Legal Scholarship: A History Through the Lens of the California Law Review. *California Law Review*, v. 100, p. 381- 430, 2012. BASTERD, Leila Linhares. Lei Maria da Penha: uma experiência bem-sucedida de *advocacy* feminista. CAMPO, Carmen Hein. Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. SMART, Carol. Feminism and the power of law. London: Routledge, 1989.

13 SILVA, ref. 6, p. 04.

14 PITANGUY, Jacqueline; BASTERD, Leila Linhares. Um instrumento de conhecimento e de atuação política. In PITANGUY, Jacqueline; BASTERD, Leila Linhares (Org.) O Progresso das Mulheres no Brasil 2003–2010. Rio de Janeiro: CEPIA; Brasília: ONU Mulheres, 2011.

restringiu direitos políticos e instaurou eleições indiretas, esvaziando o sufrágio como instrumento de inclusão democrática. Já a Constituição de 1946 restabeleceu garantias civis e políticas, mas não apresentou avanços significativos em relação à igualdade de gênero. O texto de 1967, instituído durante a ditadura militar, manteve dispositivos formais de igualdade, mas coexistiu com práticas sistemáticas de violação de direitos, sobretudo para os setores subintegrados da população, nos termos de Marcelo Neves¹⁵, mantendo-se o distanciamento entre a prática do exercício de direitos e o projeto constitucional formalmente considerado.

Foi apenas com a redemocratização e o processo constituinte de 1987–88 que o movimento de mulheres passou a ter papel efetivo na disputa constitucional. Por meio do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher e da campanha “Constituinte pra valer tem que ter palavra de mulher”, feministas organizaram e entregaram ao Congresso a *Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes*, documento com reivindicações concretas por igualdade de direitos, combate à violência e reconhecimento do trabalho das mulheres.

Como observa Salete Maria da Silva¹⁶, a participação das mulheres nesse processo rompeu com uma tradição jurídica patriarcal e teve efeitos duradouros. No entanto, conforme adverte Marcelo Neves¹⁷, a incorporação de direitos na letra da Constituição não garante sua materialização: a distância entre normatividade e realidade social produz um modelo de constitucionalismo simbólico, que reconhece direitos sem garantir sua concretização. Nesse cenário, a cidadania das mulheres permanece vulnerável à seletividade institucional, à ausência de políticas públicas e à fragilidade das respostas judiciais efetiva de uma perspectiva de gênero pela jurisdição constitucional abstrata.

O último processo constituinte brasileiro teve como um de seus protagonistas o movimento de mulheres que, junto à atuação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, por meio da campanha “Constituinte pra valer tem que ter palavra de mulher”, reuniu-se em diversas instâncias de organização e elaborou o documento “Carta da Mulher Brasileira aos Constituintes”, entregue ao Congresso Nacional em 26 de agosto de 1986, uma carta de direitos¹⁸. Dela, foram incorporados ao novo texto constitucional cerca de oitenta por cento de suas reivindicações, dentre as quais a igualdade entre homens e mulheres,

15 NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

16 SILVA, Salete Maria da. A carta que elas escreveram: a participação das mulheres no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988. Tese de Doutorado: Salvador, 2011.

17 NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

18 BASTERD, Leila Linhares. Lei Maria da Penha: uma experiência bem-sucedida de *advocacy* feminista. CAMPO, Carmen Hein. Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

a vedação a qualquer forma de discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais, a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres na sociedade conjugal e a previsão constitucional de mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares¹⁹, previsão esta que, mesmo sem mencionar diretamente a violência contra as mulheres, enuncia que a família, em termos constitucionais, deve exercer sua função social.

B. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA RESPOSTA À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA AS MULHERES

No que tange ao direito a uma vida sem violência, sua afirmação histórica aparece pela primeira vez no âmbito da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), de 1979 e encontra espaço no texto constitucional de 1988 e, posteriormente, incrementa-se no Sistema Americano de Direitos Humanos. O lapso temporal entre o dispositivo do art. 226, §8º da Constituição de 1988, a ratificação da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, de 1994, e a edição de uma lei especializada no enfrentamento à violência doméstica e familiar contra as mulheres, em 2006, pode ser tomado como um indicador do problema de normatividade da atual Constituição brasileira, considerada um caso de Constituição nominalista hipertroficamente simbólica²⁰, revelando um problema que envolve a forma como os institutos constitucionais fundamentais são experienciados.

Neste viés interpretativo da relação entre texto constitucional e realidade social, a constitucionalização simbólica pode ser um conceito útil para tensionar as opções políticas pela positivação de direitos em Cartas constitucionais (caráter simbólico) e o concomitante descumprimento da legalidade imposta por estes mesmos dispositivos, o que faz com que o texto legal conviva com realidades institucionais operativas da hierarquização entre aqueles não integrados à sociedade de direitos (os subintegrados) e os privilegiados pelo problema de normatividade do texto constitucional (os sobreintegrados), diretamente associado à função simbólica do texto constitucional. De toda sorte, o processo de constitucionalização dos direitos das mulheres a uma vida livre de violência no Brasil não se restringe à sua formalização no texto constitucional. Ele envolve também a construção institucional, legislativa e jurisprudencial de mecanismos capazes de proteger, reparar e prevenir a violência de gênero, articulando o princípio da dignidade da pessoa humana à igualdade substancial e à responsabilidade estatal.

19 SILVA, op. cit.

20 NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

A promulgação da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) representou um divisor de águas nesse processo. Fruto de intenso trabalho de *advocacy* de organizações feministas, da condenação do Estado brasileiro pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da mobilização da sociedade civil, a lei foi construída com base no reconhecimento da violência doméstica como violação de direitos humanos, constituindo-se como produto do projeto jurídico feminista²¹. Sob a ótica do constitucionalismo feminista, a Lei Maria da Penha pode ser compreendida como expressão da função transformadora da Constituição de 1988, ao articular o princípio da igualdade com a necessidade de ações estatais afirmativas e respostas adequadas à condição de vulnerabilidade das mulheres em relações desiguais de poder. A lei também ilustra o movimento de expansão da igualdade substantiva, ao reconhecer que o tratamento isonômico entre desiguais perpetua a exclusão e legitima a violência.

2. A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA AS MULHERES NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ABSTRATA DO STF

A análise empírica deste trabalho foi realizada com base na técnica de análise de conteúdo, conforme proposta por Laurence Bardin²². Essa técnica consiste em um conjunto de procedimentos sistemáticos e objetivos para a descrição e interpretação do conteúdo de documentos, permitindo a extração de inferências válidas a partir de mensagens explícitas ou latentes. A abordagem adotada foi indutiva, ou seja, as categorias analíticas não foram definidas previamente com base na teoria, mas construídas a partir da leitura exploratória e da sistematização do material empírico.

O corpus da pesquisa foi constituído por acórdãos do Supremo Tribunal Federal relacionados ao direito das mulheres a uma vida livre de violência, localizados a partir da indexação por palavras-chave (“mulher” e “violência”), optei por selecionar para análise ações julgadas pelo plenário do STF, com força vinculante e *erga omnes* que debatem diretamente o tema da violência doméstica e familiar contra as mulheres e a aplicação da Lei Maria da Penha. Assim, obtive um conjunto de seis acórdãos entre Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), Ações Diretas de Constitucionalidade (ADC) e MI (Mandado de Injunção):

21 SEVERI, Fabiana Cristina. Enfrentamento à violência contra as mulheres e à domesticação da Lei Maria da Penha: elementos do projeto jurídico feminista no Brasil. Tese de livre-docência. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – Universidade de São Paulo, 2017.

22 BARDIN, Laurence. Análise de conteúdo. Lisboa: Edições 70, 2011.

Ação	Tema	Ano de publicação da decisão
ADC 19	Constitucionalidade da diferenciação legal da Lei Maria da Penha conforme o gênero	2012
ADI 4424	Natureza da ação penal em casos de lesão corporal decorrente de violência doméstica	2012
ADI 6138	Validade da Medida Protetiva concedida por delegados e policiais em caso de urgência	2022
ADI 7267	Vedação à designação de audiência de re-tratação pela justiça sem requerimento da vítima	2023
ADPF 779	Inconstitucionalidade da tese da legítima defesa da honra em casos de feminicídio	2023
MI 7452	Aplicação da Lei Maria da Penha para casais homoafetivos de homens e pessoas trans	2025

Tabela 1: tabela elaborada pela autora

O MI 7452 foi adicionado ao *corpus* de análise em razão de seus efeitos, além de sua relevância na aplicação da LMP que a estende para homens em relacionamentos homoafetivos. Trata-se, evidentemente, de uma inclusão em razão da tendência de abstrativização do mandado de injunção, como analisado por Luiz Felipe da Mata Machado Silva²³, processo pelo qual a jurisprudência do STF de atribuídos efeitos *ultra partes* ou *erga omnes* nos casos em que a omissão legislativa mitigar exercício de direito, prerrogativa ou liberdade objeto da demanda,²⁴ estabelecendo regras gerais de aplicação do direito até que seja sanada a omissão legislativa.

É necessário ressaltar, contudo, o reconhecimento de sua classificação como uma ação do controle de constitucionalidade difuso, caracterizando-se como uma exceção ao objeto inicialmente delineado por este artigo, mas justificada pela sua relevância.

A análise foi operacionalizada com o apoio do software ATLAS.ti, que possibilitou a organização do material, a codificação dos trechos relevantes e a construção de redes entre as categorias emergentes. O processo seguiu três etapas principais: (1) pré-análise, com seleção, leitura flutuante e organização dos documentos; (2) exploração do material, com codificação temática dos conteú-

23 SILVA, Luiz Felipe da Mata Machado. O mandado de injunção e a abstrativização do exercício da jurisdição constitucional. 2016. 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito) —Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

24 MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2026.

dos e identificação de padrões de argumentação; e (3) tratamento dos resultados e interpretação, com foco nas categorias de vulnerabilidade, proteção suficiente, igualdade substantiva e gênero como construção social. Essa abordagem metodológica buscou identificar, entre os resultados formais dos julgamentos, os sentidos atribuídos pelo STF aos direitos das mulheres, os conceitos jurídicos mobilizados e os limites e potencialidades da linguagem constitucional na produção de respostas institucionais à violência de gênero.

A partir da análise dos acórdãos selecionados, foi possível identificar cinco categorias principais que estruturam a atuação do Supremo Tribunal Federal no reconhecimento do direito das mulheres a uma vida livre de violência: vulnerabilidade, proteção suficiente, igualdade substantiva e gênero como construção social. Essas categorias emergiram da leitura do material empírico e foram refinadas ao longo do processo de codificação, permitindo interpretar criticamente as estratégias argumentativas mobilizadas pelo STF e suas implicações normativas.

Devo destacar, em linhas gerais, que entre as decisões analisadas apenas uma faz breve menção às mulheres negras como grupo vulnerabilizado em específico. Na maioria das menções, o Supremo trata “das mulheres” ou “da mulher”, este sujeito sem rosto e sem endereço, como um todo homogêneo. Mesmo tratando-se de julgamentos cuja centralidade normativa é a aplicação da lei que carrega o nome de uma mulher que se tornou pessoa com deficiência graças às violências sofridas, não pude conhecer nenhuma preocupação em específico do STF com este grupo vulnerabilizado dentre as decisões analisadas.

A. VULNERABILIDADE

Com esta categoria, procurei captar trechos que reconhecem sujeitos (mulheres, pessoas LGBTQIA+²⁵, vítimas em geral) em situação de desvantagem, exposição ao risco ou subalternidade, seja estrutural, simbólica ou relacional. Os documentos evidenciam a preocupação central com a situação de desvantagem, exposição, risco ou subalternidade de diversos sujeitos, especialmente mulheres, consideradas eminentemente vulneráveis quando sujeitas a constrangimentos físicos, morais e psicológicos no âmbito privado, como é o caso de trecho do acórdão na ADC 19:

Para evitar a violência doméstica, não se revela desproporcional ou ilegítimo o uso do sexo como classificações de diferenciação. Uma mulher é eminentemente vulnerável quando se trata de constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos no âmbito privado. Não há dúvida sobre o histórico de discriminação e sujeição por ela enfrentada na esfera afetiva. As agressões sofridas são significativamente maiores do que as que ocorrem contra homens em situação semelhante.

25 Lésbicas, Gay, Bissexuais, Transgêneros, Queer, Intersexuais, Assexuais e mais. Faço a opção por usar a sigla comumente utilizada no Brasil.

No entanto, no âmbito da ação citada, o reconhecimento da vulnerabilidade como estratégia para conferir tratamento diferenciado e protetivo às mulheres convive com a naturalização das relações de gênero, como é o caso de parte do voto do então Ministro Marco Aurélio: “Evidentemente, esta fica ajustada não que, valendo-se o homem da supremacia de força possuída na relação com a mulher, chegue às vias de fato, atingindo-a na intangibilidade física, que o contexto normativo pátrio visa proteger.” Ou seja, mesmo sob um escopo protetivo, naturaliza-se a desigualdade entre homens e mulheres, especialmente a diferença de força como origem primeira da possibilidade de violência, deixando de considerar a historicidade das assimetrias de gênero, a construção social das diferenças percebidas – como proposto por Joan W. Scott²⁶ – e dos imperativos sociais que legitimam a violência masculina contra mulheres, mesmo nos casos em que poderíamos considerar que um homem em específico teria menos força física que uma mulher em específico.

O argumento da vulnerabilidade é mobilizado pelo Supremo como um elemento para compreender a desigualdade e violação de direitos promovidos pelo contexto de violência, como citado na ADI 4424, “Reconhecer a condição hipossuficiente da mulher vítima de violência doméstica e/ou familiar não implica invalidar sua capacidade de regular a própria vida e nutrir os próprios conflitos. Trata-se de garantir uma intervenção estatal positiva, voltada para a sua proteção e não para a sua tutela.”

Interessante notar que ao passar dos anos e com a alteração na composição de Ministros do Supremo, a ideia da vulnerabilidade como fundamento para o tratamento diferenciado pelo Estado, situação encarada pelo STF como discriminação positiva, ganhou uma roupagem um pouco mais sofisticada, em que é possível reconhecer na construção argumentativa do órgão colegiado a busca pelo alinhamento com a realizada fática, por meio de dados oficiais, à necessidade de proteção, tal como o trecho destacado do julgamento da ADPF 779, único acórdão em que pude identificar uma preocupação direta à violência sofrida por mulheres negras, no voto do Ministro Alexandre de Moraes:

A violência de gênero, Presidente, revela-se ainda mais acentuada quando há uma intersecção com marcadores sociais de desigualdade, de modo que a violência contra a mulher negra ainda é mais intensa do que a violência dirigida à mulher branca. O Atlas de Violência de 2021 revela que, enquanto a taxa de homicídios de mulheres não negras foi de 2,5 para cada 100 mil habitantes, a mesma taxa para as mulheres negras foi de 4,1. Ou seja, nós temos aqui quase 70% a mais de taxa de homicídio para as mulheres negras. Isso significa que o risco relativo de uma mulher negra ser vítima de homicídio é 1,7 vezes maior do que uma mulher não negra.

26 SCOTT, ref. 10. p. 04.

Entendo que o uso da expressão “marcadores sociais de desigualdade” comunica com compreensões teóricas feministas, sem que os Ministros façam uso de conceitos como interseccionalidade. Não apenas neste trecho, os Ministros fazem uso de expressões, como gênero e marcadores de desigualdade que no Brasil são usados pelo campo teórico dos estudos de gênero e da teoria feminista sem avançar na dimensão teórica dos conceitos, são palavras enfraquecidas de seus significados teóricos – trazem as palavras, mas não os conceitos e suas autoras. O mesmo não ocorre quando este mesmo conjunto de Ministros cita autores amplamente reconhecidos no campo jurídico brasileiro, como é o caso de Robert Alexy, Claus Roxin ou Guilherme de Souza Nucci.

A vulnerabilidade é tomada como uma dimensão fática da desigualdade, o que leva o STF a compreender a necessidade do Estado ofertar respostas adequadas e proporcionais às desigualdades sociais, o que leva à categoria autônoma da “proteção suficiente”. À medida em que fui avançando na codificação dos documentos, notei que a categoria da vulnerabilidade se torna menos presente nos julgamentos mais recentes. Ou seja, trata-se de uma categoria bastante utilizada nos julgamentos do ano de 2012, em que há dois julgamentos relevantes, um sobre a validade jurídica da Lei Maria da Penha, e outro sobre uma previsão desta mesma lei a respeito dos requisitos da ação penal em casos de lesão corporal no contexto da violência doméstica e familiar. Nestes dois julgamentos, o argumento da vulnerabilidade é incisivo e encontra-se formulado na maioria dos votos, inclusive no voto do Ministro relator. No entanto, em julgamentos recentes, como o que declara a invalidade jurídica do argumento da legítima defesa da honra, por parte da defesa do réu, em casos de feminicídio, o argumento invocado de forma central por todos os votos é a necessidade de proteção suficiente, adequada e o respeito aos direitos das mulheres.

Em termos gerais, a violência doméstica contra as mulheres é tomada como grave violação aos direitos humanos e o cenário e as decisões fazem menção, ao longo dos anos, à gravidade do cenário de violência contra as mulheres no Brasil. Os acórdãos mencionam tanto dados oficiais quanto a experiência dos Ministros com a temática, em nível pessoal - no caso dos posicionamentos da Ministra Carmen Lúcia - e técnico, quando os Ministros fazem menção ao acompanhamento de programas estatais.

B. PROTEÇÃO SUFICIENTE

Por meio deste código, busquei categorizar argumentos que fundamentam o dever de proteção suficiente do Estado às mulheres e grupos vulneráveis, que discutem a suficiência (ou insuficiência) da atuação estatal na proteção de vítimas, especialmente mulheres, incluindo argumentos sobre omissão, medidas protetivas, eficácia da resposta judicial e necessidade de aprimoramento institucional.

Segundo entendimento vitorioso na declaração de constitucionalidade da ADC 19, a Lei Maria da Penha busca mitigar uma realidade de discriminação social e cultural que, enquanto existente no país, legitima a adoção de legislação compensatória a promover a igualdade material, argumento condizente com a ideia de igualdade substancial. Já no julgamento da ADI 4424, a constitucionalidade do artigo 41 da Lei, que afasta a Lei nº 9.099/1995, foi declarada para eliminar quaisquer dúvidas sobre a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal, independentemente da extensão da lesão. O condicionamento da ação penal à representação da mulher para lesões leves e culposas em âmbito doméstico foi considerado um “obstáculo à efetivação do direito fundamental à proteção da sua inviolabilidade física e moral”, nas palavras do Ministro Luiz Fux, esvaziando a proteção e configurando uma afronta ao princípio da proteção deficiente. O “dever do Estado de agir positivamente” na criação de mecanismos para coibir a violência no seio familiar exige que tais mecanismos sejam adequados e eficazes. A insuficiência na prestação estatal protetiva configura, em si mesma, uma afronta à garantia constitucional.

No caso da Lei nº 13.827/2019 que alterou a Lei Maria da Penha, permitindo que delegados de polícia ou policiais apliquem medidas protetivas de urgência (como o afastamento imediato do agressor do lar) em caso de risco atual ou iminente à vida ou integridade física/psicológica da mulher ou seus dependentes, foi considerada uma resposta legislativa adequada e necessária diante da contingencial impossibilidade de obtenção de tutela jurisdicional em tempo hábil, na ADI 6138. Essa medida foi justificada pela realidade continental do Brasil, onde a falta de presença judicial em muitos municípios significaria deixar mulheres desprotegidas. O entendimento foi que o princípio da dignidade da pessoa humana prevaleceu sobre a reserva de jurisdição nestas situações de urgência.

Em outro giro, a decisão de declarar a inconstitucionalidade da “legítima defesa da honra”, na ADPF 779, é uma medida de proteção suficiente, pois impede que argumentos discriminatórios e desumanos legitimem a impunidade e perpetuem a violência contra a mulher. A atuação do sistema de justiça deve ser diligente, crítica e digna, promovendo julgamentos com perspectiva de gênero para romper com a cultura de dominação da mulher e rejeitar estereótipos.

Além disso, quando o Supremo decide pela extensão da LMP a casais homoafetivos formados por homens, na decisão do MI 7452, assim o faz sob o argumento central da necessidade de proteção suficiente:

Configurada a omissão legislativa, ante a ausência de norma que estenda a proteção da Lei Maria da Penha aos homens GBTI+, vítimas de violência doméstica, circunstância que tem inviabilizado a fruição do direito fundamental à segurança por este grupo social, considerada especialmente a proibição de proteção deficiente oriunda do princípio da proporcionalidade.

Neste último caso, apesar da Lei Maria da Penha prever expressamente que as mulheres são as vítimas protegidas pela lei especializada, a extensão a homens em relações homoafetivas foi justificada pelo STF pela ausência de legislação protetiva ao grupo social que teve a vulnerabilidade reconhecida na ocasião do julgamento. A decisão fundamenta-se nos Princípios de Yogyakarta e no reconhecimento da identidade de gênero de pessoas transexuais e transgênero como um elemento de vulnerabilidade relevante para a extensão da LMP ao grupo populacional. No entanto, não foi possível identificar a utilização de gênero como categoria argumentativa no julgamento.

O argumento da proteção é mobilizado pelo STF no sentido de concretizar o dever estatal assumido pelo Brasil em oferecer proteção suficiente, segundo o compromisso firmado desde a Convenção de Belém do Pará. Como síntese da ideia de proteção a partir de um contexto fático de desigualdade, entendido pelo Supremo pelo viés da vulnerabilidade, ressalto trecho do acórdão da ADI 6138: “É dever do Estado, diante da deficiência estrutural, adotar medidas que possam supri-la”, extraído do voto do Ministro Edson Fachin.

C. IGUALDADE SUBSTANCIAL

Com esta categoria, procurei reunir trechos que evidenciam o princípio da igualdade segundo a necessidade de conferir tratamento diferenciado às mulheres e trechos que enfatizem a diferença de gênero relacionada à ideia de isonomia. O princípio da igualdade material, ou substancial, é um tema recorrente entre as decisões, justificando o tratamento diferenciado para grupos em situação de desvantagem. O artigo 1º da Lei nº 11.340/06, ao prever tratamento diferenciado entre mulher e homem, é considerado harmônico com a Constituição Federal, pois o Supremo entende que visa à proteção necessária ante as peculiaridades físicas e morais da mulher e a cultura brasileira. Sob o ângulo da igualdade, a lei objetiva corrigir um desequilíbrio, não podendo ser cogitada inconstitucionalidade diante da boa procedência do *discrimen*.

O STF reconhece que o uso do sexo como critério de diferenciação para frear a violência doméstica não é desproporcional ou ilegítimo, dada a vulnerabilidade das mulheres. A legislação busca mitigar uma realidade de discriminação social e cultural, legitimando a adoção de legislação compensatória para promover a igualdade material, sem restringir de forma desarrazoada o direito dos homens. Segundo este entendimento, a Constituição Federal expressamente confere à mulher tratamento diferenciado e protetivo. Desse modo, uma efetiva igualdade substantiva de proteção jurídica da mulher contra a violência baseada em gênero exige atuação positiva do legislador, superando qualquer concepção meramente formal de igualdade, para eliminar obstáculos (físicos, econômicos, sociais ou culturais).

Em relação à violência em relações homoafetivas masculinas, embora a Lei Maria da Penha não preveja aplicação direta a estes casos, o princípio da igualdade foi invocado pelo STF, em intersecção à categoria proteção suficiente para fundamentar a extensão da LMP a homens gays e pela via do princípio da igualdade, compreendendo que o tratamento diferenciado, quando implica em discriminação negativa, é inconstitucional. Ainda assim, a decisão no MI 7452 não se fundamenta no conceito de igualdade de gênero, prevalecendo no STF a ideia de “igualdade entre os gêneros” – aqui, o Supremo faz uso do conceito de gênero como algo descritivo, e não como categoria de análise das relações de poder.

Há, ainda, um diálogo possível entre igualdade substancial e vulnerabilidade, pois há um argumento reiterado pelo STF de que a estrutura desigual posiciona os sujeitos de direito de forma a justificar o tratamento diferenciado. No entanto, esta formulação não se traduz em uma teorização jurídica da igualdade de gênero. Esta expressão sequer chegou a tornar-se uma categoria de análise, dado seu caráter diminuto no conjunto analisado. Há, entre os documentos, menção a uma necessária “igualdade entre os gêneros”, sendo a ideia de igualdade de gênero mencionada, de forma superficial, ou seja, sem uma formulação argumentativa, apenas na ADPF 779.

Além disso, pela ausência de marcadores sociais da diferença para que o Supremo analise o problema da violência doméstica e familiar, ainda que a gramática elaborada pelo conjunto de decisões acene para a igualdade substancial, tal compreensão carece de fundamentos teóricos e de um olhar mais aguçado para a diversidade de mulheres que podem, em algum momento da vida, estarem em situação de violência ou, em virtude da violência, convivam com seus efeitos. Neste sentido, quase não há referência à diversidade de grupos étnicos, ou às diversas condições físicas e psíquicas das mulheres, apenas menções genéricas à violência fragilizar psicologicamente as vítimas. Não há preocupações quanto às mulheres indígenas, ou à diversidade sexual das mulheres em situação de violência. Mesmo Maria da Penha Fernandes, a mulher que deu nome à lei especializada, ter se tornado uma pessoa com deficiência após a tentativa de feminicídio, não há menções nos argumentos elaborados pelo STF às mulheres com deficiência. Há, portanto, uma gramática da igualdade substancial, ou material, sem mulheres reais em sua diversidade, o que fragiliza o argumento do Supremo e sua capacidade de produzir entendimentos jurídicos sensíveis a gênero e à diversidade.

D. GÊNERO COMO CONSTRUÇÃO SOCIAL

Com esta categoria procurei reunir trechos em que, ou o argumento dialoga com o conceito de gênero, faz referência ao conceito de violência de gênero ou evidencia a construção social e histórica das desigualdades. De maneira

geral, é mais comum que os argumentos dos Ministros do STF mobilizem o entendimento de desigualdades históricas do que mobilizem a categoria gênero como o conceito tem sido desenvolvido pela teoria feminista.

Quando se fala em gênero no Brasil, ainda nos referimos às concepções teóricas predominantes de Joan Scott²⁷ e Judith Butler²⁸. Isso quer dizer, em termos gerais, que gênero é amplamente utilizado em nosso contexto, isso considerando o campo dos estudos de gênero e dos feminismos, como uma categoria disposta a desnaturalizar relações de poder, com potencial de desconstrução das ideias do senso comum sobre os papéis de gênero e como categoria social que constrói a percepção da diferença sexual como desigualdade., além de compreender que gênero é uma produção cultural e cotidiana, protagonizada por múltiplos sujeitos. Entre as citações que realizei quando identifiquei a palavra gênero nas decisões, analiso que os Ministros a utilizam como mera descrição, e não como categoria de análise das relações de poder. Expressões com “desigualdade de gênero” são tomadas como sinônimo de “desigualdade entre os gêneros” ou “igualdade de gênero” sem que gênero atue, em termos teóricos, para dar contorno ao que significam tais expressões. Quando o Supremo reconhece desigualdades estruturais, assim o faz mencionando o contexto patriarcal da sociedade brasileira. Aqui, patriarcado adjetiva a sociedade e a palavra não é acompanhada de qualquer dimensão teórica que qualifique o conceito como um sistema de opressão, apesar desta ser uma compreensão teórica bastante difundida entre feministas brasileiras.

Nem gênero nem patriarcado são tomados como conceitos teóricos pelo STF. Gênero é usado em expressões fechadas ou citações de documentos, como no caso: “Impende observar, por fim, o amplo reconhecimento do fato de que, uma vez marcadas, em uma sociedade machista e patriarcal como a nossa, as relações de gênero, pelo desequilíbrio de poder, a concretização do princípio isonômico, na esfera das relações de gênero (art. 5º, I, da Lei Maior) reclama a adoção de ações e instrumentos afirmativos específicos [...]” (trecho do julgamento na ADI 4424)

Gênero como elemento descritivo não tem força teórica para gerar compreensões da dimensão estrutural destas relações no sistema de Justiça, especialmente quando este é levado a decidir em casos de violência doméstica e familiar. Neste sentido, ainda que o trecho mencionado destaque o desequilíbrio de poder, a ausência da dimensão teórica faz com que esta compreensão leve ao entendimento que tal desequilíbrio é nas situações entre um homem e uma mulher específicos, não em dimensão estrutural. Isso fica evidente no trecho: “A dominação do gênero feminino pelo masculino é um apanágio das relações

27 SCOTT, op. cit.

28 BUTLER, Judith. Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

sociais patriarcais, que costumam ser marcadas (e garantidas) pelo emprego de violência física e/ou psíquica” (ADI 6138).

Além disso, a ausência de fundamentação das decisões no conceito de gênero é acompanhada pela falta de referência também ao protagonismo do movimento feminista brasileiro no processo de advocacy feminista que teve por resultado a promulgação da Lei Maria da Penha. Há menção ao movimento feminista no voto do então Ministro Celso de Melo na ADC 19 e sua atuação para a promulgação da referida lei, mas isso desaparece nos demais votos nesta decisão, como nas votações subsequentes. Há, no máximo, referência a personalidades históricas que atuaram na luta pelo sufrágio feminino, mas a desconsideração de todo o feminismo subsequente, inclusive aquele atuante no processo constituinte.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo partiu da hipótese de que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar ações relacionadas à violência doméstica e familiar contra as mulheres, opera como um agente de constitucionalização dos direitos das mulheres, mas de forma ambígua e tensionada. A análise das decisões selecionadas permitiu identificar que, embora haja reconhecimento explícito dos direitos das mulheres e mobilização de normas nacionais e internacionais, os argumentos do STF ainda oscilam entre a reprodução de discursos naturalizantes de gênero, em que pese a preocupação do Supremo com a igualdade substancial e a proteção suficiente.

A pesquisa demonstrou que o Supremo tem recorrido com frequência a fundamentos como a dignidade da pessoa humana, a igualdade formal e a necessidade de respostas proporcionais às desigualdades sociais. No entanto, o uso das categorias “gênero” e “patriarcado” permanece desprovido de densidade teórica, o que limita sua potência crítica na produção de uma jurisprudência comprometida com a transformação das estruturas que sustentam a violência contra as mulheres, até mesmo por ignorar as distinções teóricas entre os dois conceitos. Do mesmo modo, a ausência de uma teorização mais robusta sobre interseccionalidade evidencia a dificuldade do STF em nomear e enfrentar a sobreposição de opressões que atingem, de forma particular, mulheres negras, indígenas, periféricas, LGBTQIA+ e com deficiência.

Tais ausências tornam-se relevantes quando consideramos a necessidade de reconhecer o status de sujeito de direitos das mulheres para além dos paradigmas liberais individualizantes e meritocráticos. Considerando o conceito de vulnerabilidade, as decisões demonstram avanços ao reconhecer a dimensão estrutural da violência de gênero, o que gera a coletivização da responsabilidade de atuação; neste ponto, é possível considerar a concretização do direito a uma vida sem violência na jurisprudência do STF. Por outro lado, a naturalização das assimetrias de gênero pouco contribui para o reconhecimento das mulheres

como sujeitos autônomos para além da norma androcêntrica e menospreza as raízes sociais e coletivas da vulnerabilidade das mulheres. Tal posicionamento pode comprometer também o reconhecimento da vulnerabilidade como construção social, limitando a compreensão do fenômeno da violência de gênero. Há, portanto, uma tendência à naturalização da violência e isso compromete seu reconhecimento em situações concretas que desafiam normatividade de gênero.

Ao não densificar conceitos reiteradamente invocados, como gênero e patriarcado, o Supremo deixa de considerar a responsabilidade do Estado em intervir nas assimetrias de gênero, assim como deixa de considerar a complexidade de efeitos da violência de gênero na vida das mulheres. Foi comum encontrar comentários entre os votos dos Ministros sobre o sofrimento psicológico causado pela violência, mas de maneira geral não aparece, entre os argumentos mobilizados, o reconhecimento dos reflexos da violência na vida laboral. Além disso, a falta de uma teorização baseada na dimensão estrutural da violência, deixa pouca margem para a elaboração de novas formas de responsabilização e atuação estatal. Ao individualizar os reflexos da violência (pelo argumento do sofrimento psicológico), não se elabora a dimensão coletiva de legitimação da violência em outros contextos.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; DEMETRIO, André. Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 15, n. 3, p. 1–27, set./dez. 2019.

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Lisboa: Edições 70, 2011.

BAINES, Beverley; BARAK-EREZ, Daphne; KAHANA, Tsvi (orgs.). *Feminist constitutionalism: global perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

BASTERD, Leila Linhares. *Lei Maria da Penha: uma experiência bem-sucedida de advocacy feminista*. CAMPO, Carmen Hein. *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

FINEMAN, Martha Albertson. *The Autonomy Myth: A Theory of Dependency*. New York: The New Press, 2004.

FRASER, Nancy. Que É Crítico na Teoria Crítica? O Argumento de Habermas e Gênero. In BENHABIB, Seyla; CORNELL, Drucilla (coord.). *Feminismo como*

crítica da Modernidade. Trad. Nathanael da Costa Caixeiro. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1987.

KAPAI, Puja. Minority women: a struggle for equal protection against domestic violence. In: BAINES, Beverley; RUBIO-MARÍN, Ruth (orgs.). The gender of constitutional jurisprudence. New York: Cambridge University Press, 2004. p. 255–281.

NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. O voto feminino no Brasil: 2ª edição revisada e ampliada. Brasília: Edições Câmara, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/midias/file/2020/11/voto-feminino-brasil-2ed-marques.pdf>. Acesso em: 3 maio 2025.

HARDING, Sandra. Ciencia y feminismo. Traducción de Pablo Manzano. Madrid: Ediciones Morata, 1996.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2026.

MENUCCI, Julia Monfardini. Movimento sufragista e a conquista do voto feminino no Brasil. In: CONABIPODIHU, 2021. Disponível em: <https://www.publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/conabipodihu/article/download/9326/7996>. Acesso em: 3 maio 2025.

PITANGUY, Jacqueline; BASTERD, Leila Linhares. Um instrumento de conhecimento e de atuação política. In PITANGUY, Jacqueline; BASTERD, Leila Linhares (Org.) O Progresso das Mulheres no Brasil 2003–2010. Rio de Janeiro: CEPIA; Brasília: ONU Mulheres, 2011.

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE MINAS GERAIS (TRE-MG). O movimento sufragista feminino no Brasil. Disponível em: <https://www.tre-mg.jus.br/institucional/memoria-eleitoral/90-anos-da-justica-eleitoral/o-movimento-sufragista-feminino-no-brasil>. Acesso em: 3 maio 2025.

SCOTT, Joan W. Gênero: uma categoria útil para análise histórica. Trad. SOS Mulher, Recife, 1991.

SEVERI, Fabiana. Gênero e Jurisdição Constitucional: um diálogo possível. In: SEVERI, Fabiana; CALLEGARI, André (orgs.). Gênero e Direito: trajetórias críticas. São Paulo: D'Plácido, 2020. p. 135–163.

SEVERI, Fabiana Cristina. Enfrentamento à violência contra as mulheres e à domesticação da Lei Maria da Penha: elementos do projeto jurídico feminista no Brasil. Tese de livre-docência. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – Universidade de São Paulo, 2017.

SILVA, Luiz Felipe da Mata Machado. O mandado de injunção e a abstrativização do exercício da jurisdição constitucional. 2016. 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito) —Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

SILVA, Salete Maria da. Constituição e diferença: por uma crítica feminista ao direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012. _____. Constituição e diferença: por uma crítica feminista ao direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012.

SMART, Carol. The Ties That Bind: Law in the Reproduction of Patriarchal Relations. London: Routledge, 2020.

Recebido em: 30/03/2026

Aprovado em: 16/07/2026

QUEM JULGA IMPORTA? UMA ANÁLISE EMPÍRICA SOBRE GÊNERO E DECISÕES NA COMISSÃO DE ANISTIA POLÍTICA BRASILEIRA¹

WHO MATTERS AS A JUDGE? AN EMPIRICAL ANALYSIS OF GENDER AND DECISIONS IN THE BRAZILIAN POLITICAL AMNESTY COMMISSION

ROWANA CAMARGO²

JOSÉ CARLOS MOREIRA DA SILVA FILHO³

RESUMO

Este artigo parte dos resultados de uma pesquisa empírica qualitativa que analisou 152 decisões proferidas por conselheiros e conselheiras da Comissão de Anistia Política, entre 2013 e 2022, em processos nos quais mulheres figuraram como requerentes. A investigação constatou que não houve diferenças relevantes entre homens e mulheres quanto aos resultados dos julgamentos nem quanto ao reconhecimento das especificidades de gênero presentes nos casos analisados. Diante desse achado, o artigo busca responder ao seguinte problema de pesquisa: quais fatores explicam que a diversidade de gênero na composição da Comissão de Anistia Política não tenha produzido diferenças significativas na incorporação de uma perspectiva de gênero em seus julgamentos? Para tanto, desenvolve-se uma pesquisa de natureza qualitativa, baseada em revisão bibliográfica, articulando os estudos sobre justiça de transição, representação de gênero nos espaços institucionais e letramento de gênero. Sustenta-se que a mera presença de mulheres em órgãos decisórios, embora relevante para o fortalecimento da representação democrática, não é suficiente para promover o rompimento

ABSTRACT

This article is based on the results of a qualitative empirical study that analyzed 152 decisions issued by members of the Political Amnesty Commission between 2013 and 2022 in cases in which women were the petitioners. The study found that there were no significant differences between men and women regarding the outcomes of the rulings or the recognition of gender-specific issues present in the cases analyzed. In light of this finding, the article seeks to address the following research question: What factors explain why gender diversity in the composition of the Political Amnesty Commission did not result in significant differences in the incorporation of a gender perspective into its rulings? To this end, a qualitative study is conducted, based on a literature review, drawing on studies of transitional justice, gender representation in institutional spaces, and gender literacy. It is argued that the mere presence of women in decision-making bodies, while relevant to strengthening democratic representation, is not sufficient to promote a break with androcentric legal rationalities. It is concluded that the abstract universalization of the law, the lack of gen-

1 Este artigo resulta de pesquisa apoiada com apoio financeiro do CNPq e da CAPES.

2 Doutora em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestra em Ciências Humanas pela Universidade Federal da Fronteira Sul (UFFS). Bacharela em Direito pela Faculdade Anhanguera Passo Fundo. Professora do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Sul (IFRS). Advogada. E-mail: rowanacamargo@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3395-5869>

3 Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Professor Adjunto da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). E-mail: jose.filho@pucrs.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3530-0698>

com racionalidades jurídicas androcêntricas. Conclui-se que a universalização abstrata do direito, a ausência de letramento de gênero e a inexistência de protocolos de julgamento com perspectiva interseccional de gênero constituem fatores que dificultam o reconhecimento das experiências específicas das mulheres, evidenciando a necessidade de mecanismos institucionais capazes de incorporar efetivamente a perspectiva de gênero também nos espaços de justiça de transição.

PALAVRAS-CHAVE: Gênero. Justiça de Transição. Comissão de Anistia Política.

der literacy, and the absence of trial protocols with an intersectional gender perspective are factors that hinder the recognition of women's specific experiences, highlighting the need.

KEYWORDS: Gender. Transitional Justice. Political Amnesty Commission.

1. INTRODUÇÃO

A incorporação da perspectiva de gênero aos mecanismos de justiça de transição constitui uma das principais agendas contemporâneas dos estudos sobre direitos humanos. Nas últimas décadas, pesquisas nacionais e internacionais passaram a demonstrar que processos voltados à memória, à verdade, à justiça e à reparação frequentemente reproduzem concepções universalizantes de vítima e de violação de direitos humanos, invisibilizando as experiências específicas vivenciadas por mulheres e outros grupos historicamente marginalizados.

Nesse contexto, também ganhou força o debate acerca da representatividade de gênero nos espaços institucionais, especialmente a partir da premissa de que a presença de mulheres em órgãos decisórios poderia favorecer decisões mais sensíveis às desigualdades estruturais e às especificidades das violências baseadas em gênero.

No âmbito da justiça de transição brasileira, a Comissão de Anistia ocupa posição central como mecanismo destinado ao reconhecimento da condição de anistiado político e à reparação das vítimas da perseguição estatal durante a ditadura civil-militar. Apesar da relevância institucional desempenhada pela Comissão, ainda são escassos os estudos que investigam a relação entre a composição de seu colegiado e o conteúdo das decisões proferidas, especialmente sob a perspectiva interseccional de gênero.

O presente artigo parte dos resultados de uma pesquisa empírica qualitativa desenvolvida no âmbito de tese de doutorado, que analisou 152 decisões proferidas entre 2013 e 2022 em processos nos quais mulheres figuravam como requerentes de anistia política. A investigação constatou que não houve diferenças relevantes entre decisões proferidas por conselheiros e conselheiras, tanto em relação aos resultados dos julgamentos quanto ao reconhecimento das especificidades de gênero presentes nos casos analisados. Esse achado conduz ao seguinte problema de pesquisa: quais fatores explicam que a diversidade de gênero na composição da Comissão de Anistia Política não tenha produzido

diferenças significativas na incorporação de uma perspectiva de gênero em seus julgamentos?

Parte-se da hipótese de que a presença de mulheres em órgãos decisórios, embora relevante para o fortalecimento da representatividade democrática, não é suficiente para modificar racionalidades institucionais estruturadas sobre concepções abstratas e universalizantes dos direitos humanos.

Para responder ao problema proposto, desenvolve-se pesquisa de natureza qualitativa, mediante revisão bibliográfica, articulando contribuições da literatura sobre justiça de transição, representação política e institucional, teoria feminista, estudos decoloniais e letramento de gênero. Os referenciais teóricos são mobilizados para interpretar criticamente os resultados obtidos na pesquisa empírica, buscando compreender por que a diversidade de gênero na composição do colegiado não se traduziu, no período analisado, em decisões mais sensíveis às desigualdades estruturais que marcaram a experiência das mulheres durante a ditadura.

2. JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO SOB A PERSPECTIVA INTERSECCIONAL DE GÊNERO

Os mecanismos de justiça de transição no Brasil, expressos, principalmente, nas atividades desempenhadas pela Comissão Nacional da Verdade, Comissão Especial Sobre Mortos e Desaparecidos Políticos e Comissão de Anistia Política, têm sido alvo de questionamentos e análises de pesquisadores e pesquisadoras quanto ao debate interseccional de gênero.

É preciso deixar claro, desde já, que a utilização do termo gênero em detrimento de sexo busca, inicialmente, afastar a imposição de um determinismo biológico sobre o que significa “ser mulher” e “ser homem”. A problematização do “ser mulher” a partir da categoria de gênero permite tensionar as percepções acerca da posição ocupada pelas mulheres na sociedade, na medida em que compreende os sujeitos como construções culturais, sociais, históricas, políticas e como sujeitos de direitos.⁴

Nesse passo, nem o sexo, nem o gênero constituem categorias naturais. A compreensão segundo a qual o gênero corresponderia a uma categoria passível de transformação, enquanto o sexo representaria um dado biológico, natural e imutável, revela-se equivocada. Ambas são construções sociais, históricas e políticas. Nesse sentido, utilizar o gênero como categoria de análise significa reconhecer seu potencial de desestabilizar conceitos como mulher, homem, sexo e até mesmo corpo.⁵

4 SEGATO, 2025; GOMES, 2018.

5 GOMES, 2018.

Assim, o uso do gênero como categoria analítica pressupõe compreender que as categorias “mulher” e “homem” também não correspondem a realidades fixas ou essencializadas. Não se trata apenas de reconhecer a mutabilidade das relações entre homens e mulheres, mas de questionar as próprias concepções essencialistas que sustentam essas categorias, uma vez que elas, assim como o gênero, são social, corporal e historicamente construídas. Desse modo, o gênero mostra-se uma categoria útil de análise quando compreendido como um convite à reflexão crítica acerca da forma pela qual os sentidos atribuídos aos corpos sexualmente determinados são produzidos em relação uns aos outros, apropriados e transformados, deslocando o foco para o próprio processo de construção dessas diferenças.⁶

Essa ressalva inicial é relevante na medida em que o debate sobre a incorporação da perspectiva de gênero à justiça de transição surge como uma crítica à pretensa neutralidade dos mecanismos destinados à reconstrução democrática após períodos de graves violações de direitos humanos. Segundo Duque, embora as mulheres tenham ocupado diferentes posições durante a ditadura – como militantes, vítimas e protagonistas da luta pela redemocratização –, os processos transicionais encontram dificuldades em reconhecê-las como sujeitos políticos ativos após o fim do conflito.⁷ A autora sustenta que os mecanismos de justiça de transição permanecem marcados por uma lógica generificada, que reproduz distribuições desiguais de poder e limita a compreensão das violências políticas a partir das experiências específicas das mulheres e de outras identidades de gênero dissidentes.

No contexto brasileiro, Duque destaca que a Comissão Nacional da Verdade foi o único mecanismo nacional de justiça de transição a mencionar expressamente a categoria “gênero”. Entretanto, essa incorporação não ocorreu desde sua criação pela Lei nº 12.528/2011, sendo introduzida apenas posteriormente, quando a Comissão já se encontrava instalada e seus trabalhos em andamento, mediante a criação do Grupo de Trabalho “Ditadura e Gênero”. Em razão dessa trajetória, a autora classifica a Comissão Nacional da Verdade como uma comissão formalmente neutra e de segunda geração, ressaltando que a perspectiva de gênero não integrou originalmente seu mandato constitutivo, circunstância que repercutiu nas possibilidades de investigação e reconhecimento das violações baseadas em gênero.⁸

A principal crítica desenvolvida por Duque dirige-se à construção da figura da “vítima” adotada pela Comissão Nacional da Verdade. Para a autora, os mandatos das comissões da verdade privilegiam um modelo de vitimização centrado em violações físicas, frequentemente associadas às experiências mascu-

6 SCOTT, 2021; GOMES, 2018.

7 DUQUE, 2018.

8 DUQUE, 2018.

linas, invisibilizando violências econômicas, sociais, estruturais e outras formas de violência que atingem desproporcionalmente as mulheres.

Assim, a ausência de diretrizes expressas para investigar a violência de gênero restringe a produção de testemunhos e narrativas que escapem aos modelos tradicionais de vítima, produzindo uma memória oficial parcial. Nesse sentido, Duque sustenta que o silêncio sobre determinadas experiências não significa que tais violências não tenham ocorrido, mas revela os limites das perguntas formuladas e dos parâmetros previamente estabelecidos pelos mecanismos de justiça de transição para definir quem pode ser reconhecido como vítima e quais violações são consideradas dignas de memória, verdade e reparação.⁹

Soma-se a essa perspectiva crítica o posicionamento de Teles.¹⁰ Para a autora, a memória e a verdade sobre a ditadura brasileira precisam ser construídas a partir de uma perspectiva de gênero. A autora sustenta que a intensa participação das mulheres na resistência ao regime militar permanece insuficientemente reconhecida, o que torna necessária a incorporação da perspectiva de gênero na reconstrução da memória e da verdade sobre o período, já que as mulheres sofreram formas específicas de repressão e violência, porque:

[...] gênero é uma estrutura social que constrói relações desiguais e legitima a desigualdade na participação política, social, econômica e cultural entre mulheres e homens, independentemente da classe social, raça/etnia, orientação sexual, faixa etária. Daí a necessidade de investigar os crimes da ditadura militar sob a perspectiva de gênero, porque tais crimes, embora sejam graves violações de direitos humanos de homens e mulheres, são praticados de forma distinta quando se trata de violações de direitos humanos das mulheres. A ditadura aliou o ódio aos opositores ao ódio às mulheres.¹¹

Assim, aduz Teles (2015) que a Comissão Nacional da Verdade foi um relevante instrumento para visibilizar violências contra as mulheres e obter relatos, mas foi incipiente quanto ao aprofundamento do debate de gênero. Nessa mesma linha Roesler e Senra sustentam que uma abordagem sensível ao gênero pressupõe o reconhecimento das violações específicas sofridas pelas mulheres, sua participação na resistência e sua inserção nas políticas de reparação, permitindo compreender a continuidade das desigualdades de gênero entre o passado autoritário e o presente.¹²

Algumas mulheres, inclusive menores de idade, foram mencionadas no Relatório como vítimas de violência, porém, predominantemente, na condição de esposas ou filhas de militantes políticos. De modo geral, não houve sua identificação nominal, tampouco esclarecimentos acerca da eventual ocorrência de

9 DUQUE, 2018.

10 TELES, 2015. Pode-se acrescentar, na mesma linha, o pensamento de Adrianna Setemy (2020).

11 TELES, 2015, p. 507.

12 ROESLER; SENRA, 2013.

formas específicas e sistemáticas de violência dirigidas contra elas. Da mesma forma, em relação às mulheres camponesas, não se evidencia se essa condição influenciou ou modificou a natureza das violações sofridas. Nesse contexto, sustenta-se que a Comissão Nacional da Verdade não conduziu sua investigação de forma transversal, deixando de incorporar uma perspectiva feminista ao longo de todas as etapas de seus trabalhos. Em vez disso, sua atuação teria reproduzido um padrão androcêntrico característico das políticas públicas de justiça de transição.¹³

A Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP) foi instituída pela Lei nº 9.140/1995 como parte das iniciativas brasileiras de justiça de transição voltadas ao reconhecimento e à investigação dos casos de mortos e desaparecidos políticos durante a ditadura civil-militar. Seu principal legado foi a publicação da obra *Direito à Memória e à Verdade*,¹⁴ que documenta as circunstâncias das mortes e desaparecimentos de 353 vítimas, com base em depoimentos de familiares, militantes, entidades de apoio e outras fontes documentais, constituindo importante marco para a efetivação do direito à memória e à verdade.

No que se refere ao enfoque interseccional de gênero, não foram localizados estudos que analisem especificamente a atuação da Comissão sob essa perspectiva, razão pela qual a presente análise toma como referência o conteúdo de *Direito à Memória e à Verdade*. Assim como observado em relação à Comissão Nacional da Verdade, o relatório da CEMDP confere reduzido espaço às questões de gênero. Termos como “gênero” e “feminismo” não são utilizados, enquanto as referências às mulheres possuem, em sua maioria, caráter meramente descritivo, sem problematizar sua participação na resistência ou as formas específicas de violência a que foram submetidas.

Desse modo, apesar da inegável relevância do trabalho desenvolvido pela Comissão, a ausência de uma perspectiva interseccional de gênero limita a compreensão das múltiplas formas de violência experimentadas pelas mulheres e por outros grupos minorizados, dificultando o reconhecimento das intersecções entre gênero, raça, classe e outras formas de discriminação na construção da memória sobre a ditadura.

Por fim, a Comissão de Anistia, criada pela Medida Provisória nº 2.151/2001 e posteriormente convertida na Lei nº 10.559/2002, constitui um dos principais mecanismos brasileiros de justiça de transição, destinada ao reconhecimento da condição de anistiado político e à reparação das vítimas da perseguição estatal. Diferentemente da anistia de 1979, sua atuação deslocou o significado da anistia da lógica do esquecimento para uma política de memória,

13 BRASIL, 2007, p. 55; 257.

14 BRASIL, 2007.

ao exigir a reconstrução das trajetórias de perseguição e reconhecer a responsabilidade do Estado pelas violações praticadas durante a ditadura. Além da apreciação dos requerimentos, a Comissão desenvolveu importantes políticas de memória, como as Caravanas da Anistia, o Projeto Marcas da Memória, as Clínicas do Testemunho e o Memorial da Anistia, consolidando-se como referência na promoção dos direitos à memória, à verdade e à reparação.¹⁵

Desde sua criação até dezembro de 2024, a Comissão de Anistia recebeu 80.357 requerimentos de anistia política, tendo julgado aproximadamente 97% dessas solicitações. Desse total, 39.984 pedidos foram deferidos e 31.669 indeferidos. Além disso, 5.336 processos foram arquivados por decisão judicial ou por não se enquadrarem na competência da Comissão; 2.393 permaneciam pendentes de primeiro julgamento; 765 encontravam-se em fase recursal; e 210 foram anulados por decisão do Supremo Tribunal Federal.¹⁶

O procedimento para requerimento de anistia caracteriza-se pela simplicidade e pela reduzida formalidade, sendo dispensável a representação por advogado, inclusive, os requerimentos podem ser feitos com pedidos escritos de próprio punho. Exalta-se o trabalho da Comissão de Anistia no que tange à busca por informações e documentos para garantir elementos suficientes para a tomada de decisão mais acertada, embora muitas vezes a ausência de documentos inviabilize uma análise mais aprofundada.

Essas constatações são, na verdade, alguns achados da pesquisa de tese da coautora deste texto, que analisou 152 decisões proferidas por conselheiros e conselheiras da Comissão de Anistia Política, entre 2013 e 2022, em processos nos quais mulheres figuraram como requerentes, para compreender se foram consideradas as complexidades, especificidades e assimetrias de gênero que atravessaram suas experiências de perseguição política. Cumpre salientar que não se ignora que o debate sobre gênero ainda se encontrava em estágio inicial em 2002. Entretanto, ao longo das últimas duas décadas as discussões sobre violência de gênero, desigualdade estrutural e discriminação contra as mulheres avançaram significativamente no ordenamento jurídico e no debate público brasileiro, razão pela qual deveria também ter adentrado na esfera da Comissão de Anistia.

Nessa senda, uma das conclusões da pesquisa de tese foi que a perspectiva interseccional de gênero não foi incorporada pela Comissão no período analisado. Um dos pontos que chamou a atenção foi que quem julgou, conselheiros homens ou conselheiras mulheres, não resultou em diferença no que tange ao desfecho – deferido ou indeferido – ou quanto ao teor argumentativo

15 SALGADO, 2023; SILVA FILHO, 2015; COELHO e ROTTA, 2012; GONÇALVES, 2006.

16 MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS E DA CIDADANIA, 2025.

da decisão, em relação ao reconhecimento das assimetrias de gênero e questões mais específicas que tangenciam esse debate.

Nesse contexto, ganha relevo um aspecto ainda pouco explorado pela literatura, a relação entre a composição dos órgãos de justiça de transição e o conteúdo de suas decisões. Se a incorporação da perspectiva de gênero não decorreu automaticamente da evolução do debate jurídico e político sobre os direitos das mulheres, impõe-se questionar se a presença de mulheres nos espaços decisórios seria suficiente para alterar essa realidade. Assim, tendo em vista aos achados da pesquisa da tese, apesar da diversidade de gênero na composição do colegiado, prevaleceu uma racionalidade institucional que neutraliza as especificidades das experiências femininas. É a partir dessa problemática que se desenvolve a análise acerca da representatividade e da atuação de conselheiros e conselheiras da Comissão de Anistia que se verá a seguir.

3. QUEM JULGA IMPORTA?

3.1. O PERCURSO METODOLÓGICO DE CONSTRUÇÃO DA AMOSTRA

Antes de adentrar na análise propriamente dita, cumpre esclarecer algumas questões quanto à escolha da amostra de processos da Comissão de Anistia. Em um primeiro momento, foram analisadas todas as atas de sessões disponíveis no período indicado, acessadas virtualmente no sítio eletrônico do Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania, a fim de identificar os processos em que figuravam mulheres como anistiandas. Essa primeira etapa resultou em uma ampla amostra, composta por 295 processos em 2013; 275 em 2014; 234 em 2015; 72 em 2016; 139 em 2017; 276 em 2018; 72 em 2019; 261 em 2020; 473 em 2021; e 94 em 2022.

A partir dessa seleção inicial, foi escolhido aleatoriamente, em cada ano, um processo de cada relator ou relatora no qual uma mulher figurava como anistianda. Esse critério de seleção permitiu, além da constituição da amostra, a análise da perspectiva do julgador, verificando a existência de eventuais peculiaridades nas decisões proferidas por relatores homens e reladoras mulheres. Com isso, obteve-se a seguinte amostra: 28 processos em 2013; 25 em 2014; 24 em 2015; 24 em 2016; 22 em 2017; 35 em 2018; 15 em 2019; 18 em 2020; 20 em 2021; e 19 em 2022.

A listagem dos processos foi encaminhada à Comissão de Anistia, acompanhada de termo de responsabilidade e de cópia de documento pessoal, para obtenção de acesso aos autos. A Comissão disponibilizou *links* para download dos processos, registrando-se a presteza dos(as) servidores(as), que atenderam à solicitação em tempo exíguo. O acesso, contudo, não foi autorizado em relação a diversos processos, principalmente porque ainda não haviam sido julgados

ou estavam em processo de digitalização. Alguns também foram descartados porque, embora o nome aparentasse ser feminino, tratava-se de processos em que o requerente era homem.

Não foram incluídos na amostra processos com julgamento adiado, pedidos de vista ou retirados de pauta, uma vez que o critério adotado foi selecionar apenas processos efetivamente julgados no respectivo ano. Em razão disso, alguns relatores e reladoras deixaram de integrar a seleção. Assim, os processos analisados apresentavam os seguintes desfechos: deferido/provido, deferido/provido parcialmente ou indeferido/desprovido.

Diante da ausência de processos relativos a alguns relatores e reladoras, realizou-se uma nova seleção a partir da listagem inicial, com o objetivo de obter um processo dos julgadores ainda não contemplados, preservando-se a intenção de analisar um processo de cada relator ou relatora em cada ano. Essa segunda seleção resultou em 12 processos em 2013; 6 em 2014; 2 em 2015; 4 em 2016; 3 em 2017; 12 em 2018; 2 em 2019; 3 em 2020; 6 em 2021; e 6 em 2022.

Após a solicitação de acesso aos novos processos, a amostra final para análise foi composta por 18 processos em 2013; 18 em 2014; 20 em 2015; 19 em 2016; 16 em 2017; 21 em 2018; 8 em 2019; 15 em 2020; 13 em 2021; e 8 em 2022, totalizando 156 processos. Desses, verificou-se que quatro eram referentes a homens, razão pela qual a amostra final foi composta por 152 processos.

Dessa amostra, 55 processos foram relatados por conselheiras mulheres e 97 por conselheiros homens. Como não se obteve acesso aos dados atinentes à composição da Comissão de Anistia no período pesquisado, não é possível afirmar se os homens foram, ao longo do período, maioria, embora essa seja a hipótese, tendo em vista que essa realidade é o comumente encontrado em espaços de decisão e poder.

Inclusive, sobre isso, Rita Segato estabelece que a questão de gênero não é residual ou minoritária, mas a pedra angular e o eixo que estrutura os poderes no Brasil e que esse contexto tem se agravado – ou ficado mais escancarado – depois do *impeachment* da presidenta Dilma, já que os discursos sobre família tradicional, moralidade e a demonização da suposta “ideologia de gênero” têm se intensificado.¹⁷ É claro que essa leitura não pode ser feita alijada de outros marcadores sociais como raça, classe, idade, sexualidade, dentre outros, destacando-se o primeiro por ser estrutural, assim como o patriarcado, debate apresentado a seguir.

17 SEGATO, 2016, n.p.

3.2 AS ESTRUTURAS DE PODER E A PRODUÇÃO DAS DESIGUALDADES DE GÊNERO

Para autoras como Segato, a relação de gênero baseada na desigualdade “es la estructura política más arcaica y permanente de la humanidad”.¹⁸ A compreensão de que a chegada dos colonizadores promoveu uma transformação completa na vida das mulheres indígenas, em relação às suas responsabilidades no interior das comunidades, ao modo de vida e à própria construção das relações de gênero, pressupondo uma anterior horizontalidade entre feminino e masculino, diverge da perspectiva de Rita Segato. Para a autora, já existia, antes da invasão europeia, um patriarcado de baixa intensidade.¹⁹

Segato defende que sempre houve um diferencial de prestígio entre homens e mulheres, que assumiu novos contornos com a colonização. No mundo tribal, havia maior trânsito e circulação entre as posições ocupadas por homens e mulheres, diferentemente do modelo de gênero ocidental. Há um deslocamento das posições masculina e feminina dentro do mundo tribal, que se reorganiza a partir da lógica colonial. Por essa razão, sua proposta consiste em “dar ao gênero um *status* pleno como uma categoria teórica e epistêmica – uma categoria capaz de iluminar todas as outras transformações impostas à vida comunitária pela nova ordem colonial-moderna”.²⁰

Assim, enquanto a mulher é deslocada à posição de objeto, domesticada e para o âmbito privado, o papel do homem tribal é destacado, embora, ao mesmo tempo, torne-se alvo da violência colonial branca que relativiza sua posição masculina frente ao mundo externo, o que agrava a violência no campo privado. O deslocamento da mulher para o âmbito doméstico, retirando-lhe a participação na tomada de decisões e da esfera pública da aldeia, faz parte da colonização do gênero pré-intrusão pelo gênero colonial-moderno. Assim, são solapados os laços de solidariedade e colaboração nos rituais, no trabalho produtivo e reprodutivo, com o processo de “encapsular a domesticidade como ‘vida privada’”, retirando das mulheres o seu papel político e, consequentemente, tornando-as mais vulneráveis à violência masculina que é intensificada pela pressão colonial.²¹

Nesse passo, Segato aponta a existência de um patriarcado de baixa intensidade, caracterizado pela dualidade que define os coletivos ou comunidades de gênero, organizando os espaços, tarefas e a distribuição de direitos e respon-

18 SEGATO, 2016, n.p.

19 SEGATO, 2021.

20 SEGATO, 2021, p. 98.

21 SEGATO, 2021, p. 106-108.

sabilidades, em um caráter comunitário e solidário. Depois da invasão, essa forma de organização é chamada de patriarcado de alta intensidade.²²

Em sentido diverso, María Lugones, a partir dos estudos de Aníbal Quijano sobre a colonialidade/decolonialidade, sustenta que sua formulação carece de uma problematização mais profunda acerca do gênero. Ao desenvolver a noção de sistema colonial de gênero, a autora evidencia o entrelaçamento entre raça e gênero na constituição da modernidade-colonialidade e demonstra que “à medida que o capitalismo eurocêntrico global se constituiu por meio da colonização, diferenças de gênero foram introduzidas onde antes não havia nenhuma”.²³

Embora sua análise apresente pontos de convergência com a de Rita Segato, especialmente ao reconhecer que a colonização desestruturou dinâmicas sociais próprias das comunidades pré-coloniais mediante a imposição de práticas eurocentradas, ambas divergem quanto à existência de uma organização de gênero anterior à invasão europeia. Enquanto Segato identifica um patriarcado de baixa intensidade, caracterizado por uma estrutura dual de gênero preexistente, Lugones rejeita essa compreensão ao afirmar que o próprio sistema de gênero moderno/colonial é indissociável da colonialidade do poder.

Nessa perspectiva, “a imposição desse sistema de gênero forma a colonialidade do poder, e o tanto que a colonialidade do poder forma esse sistema de gênero. A relação entre eles segue uma lógica de formação mútua”. Assim, a autora sustenta que “o sistema de gênero moderno/colonial não existe sem a colonialidade do poder, já que a classificação das populações em termos de raça é uma condição necessária de sua existência”. Gênero e raça, portanto, não constituem categorias independentes, mas dimensões produzidas simultaneamente no processo de constituição da ordem colonial.²⁴

Apesar da divergência teórica acerca da existência de um patriarcado ou de uma estrutura de gênero anterior à colonização, ambas as autoras convergem ao reconhecer que a modernidade-colonialidade inaugurou um modelo de dominação marcado pela racialização das relações de gênero. É justamente essa estrutura que Lugones denomina sistema colonial de gênero. Sua superação exige a compreensão das múltiplas relações de poder dele decorrentes, especialmente em sociedades como a brasileira, nas quais patriarcado e racismo constituem elementos estruturantes.²⁵

Nessa mesma direção, Hazel Carby desenvolve uma crítica à concepção universalizante de patriarcado presente no feminismo hegemônico, propondo uma leitura histórica e racializada desse sistema de dominação. Para a autora,

22 SEGATO, 2021.

23 LUGONES, 2020, p. 78.

24 LUGONES, 2020, p. 72-73.

25 LUGONES, 2020, p. 79.

o patriarcado não pode ser compreendido como uma estrutura homogênea, experimentada de maneira uniforme por todas as mulheres. Ao contrário, sua manifestação varia conforme os marcadores sociais de raça, classe e sexualidade. As formulações do feminismo branco, ao tomarem como paradigma a experiência de mulheres brancas, burguesas e inseridas no modelo da família nuclear, produzem uma compreensão abstrata do patriarcado, incapaz de explicar a trajetória histórica das mulheres negras.²⁶

A autora também problematiza o emprego acrítico de categorias como família²⁷, reprodução e maternidade na teoria feminista. Nessa perspectiva, o patriarcado não opera como um sistema isolado de dominação masculina, mas em permanente articulação com o racismo e outros marcadores sociais de opressão, principalmente a raça, produzindo diferentes posições de subordinação entre as próprias mulheres.²⁸ O que se pretende deixar claro neste breve trecho é que considerar o gênero enquanto experiência permite compreender o sofrimento não como falha individual ou evento isolado, mas como efeito de relações estruturais de poder, resultado de práticas institucionais e expressão de processos históricos de dominação.

Portanto, a compreensão das experiências de sofrimento vivenciadas pelas mulheres demanda uma abordagem relacional e interseccional, capaz de apreender gênero, raça, classe e outros marcadores sociais como dimensões indissociáveis da produção das desigualdades. Essa perspectiva afasta interpretações essencialistas acerca da condição feminina e permite compreender o sofrimento não como consequência inerente ao gênero ou como experiência individualizada, mas como expressão de estruturas históricas e sociais de dominação. Ao reconhecer a diversidade das experiências femininas e situá-las no contexto da colonialidade, do racismo e das múltiplas assimetrias de poder, torna-se pos-

26 CARBY, 2012. A este debate soma-se a perspectiva de Heleith Saffioti (2015), na qual o patriarcado não constitui uma estrutura isolada de dominação masculina, mas integra uma complexa trama de relações de poder articuladas ao capitalismo e ao racismo. Para explicar essa dinâmica, a autora desenvolve a categoria do “nó”, segundo a qual gênero, classe social e raça/etnia não atuam de forma independente, mas encontram-se imbricados em uma estrutura única, cuja lógica não se reduz à soma de cada um de seus elementos. Trata-se de um “nó frouxo”, em que essas dimensões permanecem em constante interação e assumem diferentes graus de centralidade conforme as circunstâncias históricas, sem perder sua interdependência. Assim, o patriarcado deve ser compreendido como parte do denominado “novelo patriarcado-racismo-capitalismo”, uma estrutura de poder que atravessa todas as esferas da vida social e exige uma análise capaz de apreender a articulação entre essas formas de dominação, evitando leituras fragmentadas das desigualdades sociais.

27 A perspectiva da chamada família “tradicional” – como nomina Oyewùmí (2020) – que desconsidera, de um modo geral, outras experiências de formação da família que contribuíram para a hierarquização de gênero na modernidade (ou que resistiram e ainda resistem), mediante a imposição de um suposto modelo civilizado europeu, ignorando, por exemplo, a mestiçagem brasileira que ensejou a criação de projetos governamentais para o embranquecimento da população, o que é determinante, também, na construção dos padrões de família ideal.

28 CARBY, 2012, 229-232.

sível construir análises e respostas institucionais mais sensíveis às diferentes formas de vulnerabilização e violência que atravessam a vida das mulheres.²⁹

Essa compreensão estrutural das assimetrias de gênero – e a interseccionalidade – é fundamental para a análise do resultado da pesquisa empírica realizada. Afinal, por que quem julga importa e por que as decisões proferidas por mulheres não foram permeadas pela compreensão das especificidades e complexidades da violência de gênero?

3.3 PARA ALÉM DA PRESENÇA: LETRAMENTO DE GÊNERO E PROTOCOLOS

A simples presença de mulheres em espaços de poder é importante porque amplia a legitimidade democrática e rompe mecanismos históricos de exclusão. Entretanto, a presença, por si só, não garante mudanças nas decisões institucionais. A partir dessa afirmação, extraída do pensamento de Anne Phillips, que embora originalmente se destine ao debate da participação das mulheres na política é útil para pensar o tema deste escrito, já que a composição demográfica dos espaços decisórios importa tanto quanto a representação de ideias, pois as experiências vividas moldam as prioridades institucionais.³⁰

A autora destaca que “quando a política de ideias é combinada com uma política de presença, o que é transposto não é um conjunto de interesses prontos e articulados, mas uma nova gama de preocupações, prioridades e experiências”. Contudo, Phillips critica a essencialização, alertando que a inclusão descritiva não garante interesses femininos homogêneos, podendo a atuação ser moldada por regras institucionais e pela cultura jurídica hegemônica, o que explica a ausência de disparidades de gênero em certas decisões, mesmo com a presença de mulheres. Este é o cerne desta pesquisa.

“O importante a reter é que a base material do patriarcado não foi destruída, não obstante os avanços femininos, quer na área profissional, quer na representação no parlamento brasileiro e demais postos eletivos políticos”.³¹ Ao encontro do pensamento de Phillips, Saffioti desloca o debate para a realidade brasileira, alertando para a estruturalidade do patriarcado que não foi atingida e segue repercutindo tanto na composição dos espaços de poder, quanto no conteúdo decisório.

Trazendo o debate para o recorte aqui proposto, pode-se afirmar que as decisões proferidas pelos conselheiros e conselheiras da Comissão de Anistia compartilham de alguns aspectos comuns que podem explicar o resultado obtido: i) a Lei nº 10.559/2002, que estabeleceu as diretrizes para a concessão de

29 hooks, 2015, 194-198.

30 PHILLIPS, 2001.

31 SAFFIOTI, 2015, p. 112.

anistia, impondo requisitos objetivos; ii) o apego a uma premissa abstrata de universalidade das violações de direitos humanos; iii) a persistente ausência de um letramento interseccional de gênero somada à falta de protocolos institucionais para os julgamentos.

Como já dito, o fato de o debate sobre gênero ainda se encontrar em estágio inicial em 2002, quando da criação da Lei nº 10.559, não serve como escusa para a sua não incorporação institucional ao longo do tempo. Nas últimas duas décadas, as discussões sobre violência de gênero, desigualdade estrutural e discriminação contra as mulheres avançaram significativamente no ordenamento jurídico e no debate público brasileiro, razão pela qual tais lentes deveriam, ter adentrado na esfera da Comissão de Anistia. Inclusive, no campo da justiça de transição, esse debate ganhou força depois do Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade, quando pesquisadores/as teceram críticas sobre o incipiente debate das violações dos direitos das mulheres. A resistência ou omissão em acompanhar essa evolução reflete-se diretamente no recorte aqui analisado: as decisões proferidas por conselheiros e conselheiras compartilham de amarras normativas e conceituais comuns que neutralizam as diferenças de gênero no ato de julgar.

O segundo aspecto que parece explicar a convergência das decisões proferidas por conselheiros e conselheiras da Comissão de Anistia reside no apego a uma concepção abstrata e universalizante das violações de direitos humanos. Embora a justiça de transição brasileira tenha sido estruturada sobre o reconhecimento das graves violações perpetradas pelo Estado durante a ditadura civil-militar, a categoria “vítima” foi frequentemente construída a partir de um sujeito abstrato, cuja experiência era tomada como universal. Nessa perspectiva, a prisão arbitrária, a tortura, a perseguição política ou o exílio passaram a ser compreendidos como violações homogêneas, comuns a todos os perseguidos políticos, relegando a um plano secundário as formas específicas pelas quais tais violências incidiram sobre as mulheres.

Essa universalização reproduz uma das principais críticas formuladas pela teoria crítica dos direitos humanos, de que a universalidade abstrata tende a ocultar os contextos históricos e as relações de poder que conformam a produção das violações e o próprio acesso aos direitos. Os direitos humanos não são experimentados de maneira uniforme, tampouco as violações produzem impactos idênticos sobre todos os sujeitos. Ao contrário, tanto a violação quanto a reparação são atravessadas por marcadores sociais que condicionam a intensidade, a forma e as consequências da violência sofrida. A pretensão de neutralidade, portanto, acaba convertendo determinadas experiências em paradigma universal, invisibilizando aquelas que escapam ao modelo dominante.³²

32 HERRERA FLORES, 2009; SÁNCHEZ RUBIO, 2015; BRAGATO, 2014; GÁNDARA

No caso das mulheres perseguidas pelo regime ditatorial, essa abstração mostra-se particularmente problemática. As práticas repressivas foram profundamente marcadas por estereótipos de gênero que atribuíam às mulheres papéis sociais específicos relacionados à maternidade, à sexualidade, ao cuidado e à domesticidade. A violência sexual, a nudez forçada, as ameaças dirigidas aos filhos, a utilização da maternidade como instrumento de tortura psicológica, a desqualificação moral e a punição decorrente da ruptura dos papéis tradicionalmente atribuídos ao feminino não constituíram meros excessos das práticas repressivas, mas formas específicas de violência política produzidas no interior de uma ordem patriarcal. Compreendê-las apenas como modalidades genéricas de tortura ou perseguição política significa neutralizar precisamente aquilo que lhes confere especificidade.³³

Essa constatação ganha ainda maior relevância quando se reconhece que gênero não opera isoladamente. As experiências de violência são constituídas pela interação entre múltiplos sistemas de dominação. Mulheres negras, indígenas, pobres, camponesas, periféricas ou pertencentes a outros grupos historicamente marginalizados vivenciaram a repressão estatal de forma distinta, pois o patriarcado articulou-se ao racismo, à desigualdade de classe e às permanências da colonialidade. A análise das violações exige, portanto, uma abordagem interseccional capaz de identificar como essas estruturas se combinam na produção de vulnerabilidades específicas.³⁴

É justamente nesse ponto que a presença de mulheres nos espaços decisórios revela-se condição importante, porém insuficiente. A pesquisa empírica desenvolvida demonstra que a presença de mulheres conselheiras na Comissão de Anistia não foi suficiente para produzir decisões sensíveis às especificidades das violências de gênero. Isso indica que a representação descritiva, embora relevante sob o ponto de vista democrático, não garante, por si só, uma atuação institucional comprometida com a igualdade substantiva. A incorporação de uma perspectiva de gênero pressupõe letramento institucional, compreensão crítica das relações patriarcais e raciais e capacidade de reconhecer que a universalidade abstrata dos direitos humanos frequentemente reproduz os mesmos silenciamentos que pretende combater.

Nesse sentido, a superação desse paradigma demanda não apenas maior diversidade na composição dos órgãos responsáveis pela justiça de transição, mas também a adoção de referenciais interpretativos capazes de contextualizar as violações a partir das experiências concretas das vítimas. Julgar com perspectiva interseccional de gênero significa reconhecer que a igualdade exige o

CARBALLIDO, 2019.

33 CAMARGO, SILVA FILHO e CARPENEDO, 2023.

34 Conforme demonstram autoras como Kimberlé Crenshaw (2002), Patricia Hill Collins (2019), María Lugones (2020), Rita Segato (2021, 2025) e Hazel Carby (2012).

tratamento das diferenças socialmente produzidas e que a reparação somente será integral quando incorporar as especificidades das violências dirigidas às mulheres em razão do gênero e de suas intersecções com raça, classe, sexualidade, território e demais marcadores sociais. É justamente essa compreensão que justifica a necessidade de protocolos institucionais de julgamento e de uma formação permanente em gênero e interseccionalidade para os agentes envolvidos na concretização da justiça de transição.

Para ilustrar o potencial de um letramento e da existência de protocolos, pode-se citar um caso analisado: o da requerente E.R.S., professora, processo 86/2017, autuado em 25.10.2004 e julgado definitivamente em 28.06.2017, cuja relatoria foi do Conselheiro Arlindo Fernandes de Oliveira.

Extraíu-se do processo que a requerente foi presa em 1976, levada para a delegacia e depois para Xambioá, onde passou por “inúmeras sessões de tortura, incluindo eletrochoque”. Depois foi levada para Marabá onde ficou por doze dias. Em 2 de novembro de 1976 foi para Belém e foi liberada apenas em 18 de janeiro de 1977. Importante referir que a requerente prestou depoimento na audiência pública que aconteceu em 22 e 23 de setembro de 2007, em São Domingos/PA, promovida pela Comissão de Anistia, contando de forma mais detalhada as violências que sofreu. A requerente repetiu a história de sua vida em outras várias oportunidades, inclusive perante órgãos oficiais. Inobstante esse contexto, o pedido foi indeferido, sob a justificativa de que não foi produzido um conjunto mínimo de provas que comprovasse a perseguição política “ou ao menos indícios dos fatos alegados”³⁵.

No caso em análise, chama a atenção o fato de que os reiterados relatos da requerente, prestados em diferentes momentos e perante diversos órgãos oficiais, inclusive em audiência pública promovida pela própria Comissão de Anistia, não foram considerados suficientes sequer para constituir um conjunto mínimo de indícios acerca da perseguição política alegada. Embora a decisão não negue expressamente a veracidade de suas declarações, atribui-lhes reduzida força probatória, revelando um *déficit* de credibilidade conferido ao teste-

35 Importante esclarecer que a ida da Comissão de Anistia a São Domingos do Araguaia, ocorrida em três ocasiões diferentes, buscou justamente obter provas testemunhais, que foram cruzadas com outros depoimentos colhidos pela Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados nos anos 90. Tal esforço se deve justamente ao fato de que o Estado brasileiro não reconhecia oficialmente a existência do massacre perpetrado pelas Forças Armadas contra os jovens do PCdoB que se preparavam para uma ação de guerrilha contra a ditadura na região do Araguaia. No contexto, portanto, a prova testemunhal colhida em distintos momentos, vinha justamente para suprir a falta de documentos públicos, e possibilitar a reparação das pessoas camponesas atingidas pelas operações militares contra os guerrilheiros do Araguaia (Silva Filho, 2015, p.44-45). Neste processo, porém, ainda que o depoimento da requerente tenha sido colhido em uma dessas visitas da Comissão à região do Araguaia, o caso relacionado às prisões e torturas que ela sustenta ter sofrido teria se dado em outro contexto, diverso da guerrilha do Araguaia, já em 1976, em uma disputa de terras naquela região, que ficou conhecida como “guerra dos perdidos”.

munho da vítima. É justamente nesse espaço que se pode cogitar a incidência de uma injustiça epistêmica, especialmente em sua dimensão testemunhal, tal como formulada por Miranda Fricker, caracterizada pela atribuição de menor credibilidade ao relato de determinados sujeitos em razão de preconceitos estruturais que atravessam as relações sociais.³⁶

Essa hipótese torna-se ainda mais relevante quando se considera que a violência política praticada contra mulheres durante a ditadura frequentemente assumiu formas cuja demonstração probatória é naturalmente dificultada pelo tempo, pela clandestinidade dos atos repressivos e pelo silenciamento histórico das vítimas. Nessas circunstâncias, a apreciação da prova demanda uma análise contextualizada, capaz de reconhecer que as desigualdades de gênero podem influenciar não apenas a produção dos elementos probatórios, mas também a credibilidade que lhes é atribuída. Aqui é que parece ser imprescindível o manejo de instrumentos capazes de auxiliar no reconhecimento de questões estruturais e de desigualdade reproduzidas no âmbito decisório, qual seja, o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero.³⁷

Salienta-se que a sua aplicação não implica flexibilização do *standard* probatório nem presunção de veracidade em favor da vítima. O que o Protocolo propõe é uma qualificação da atividade decisória mediante o exame crítico dos estereótipos e preconceitos que podem interferir na produção, interpretação e valoração da prova. Ao orientar o julgador a questionar se desigualdades estruturais, preconceitos de gênero ou pressupostos pessoais influenciam sua compreensão dos fatos, o Protocolo busca prevenir que vieses implícitos comprometam a atribuição de credibilidade aos relatos apresentados.

Sob essa perspectiva, não é possível afirmar que a adoção do Protocolo conduziria necessariamente ao deferimento do pedido formulado por E.R.S. Todavia, é razoável sustentar que sua utilização poderia ensejar uma fundamentação distinta, mais atenta às especificidades da violência de gênero e aos mecanismos de produção da injustiça epistêmica. A análise exigiria enfrentar, de forma expressa, se o histórico de reiterados depoimentos prestados pela requerente, a coerência de sua narrativa e o contexto das violações narradas seriam suficientes para afastar uma leitura pautada por descrédito estrutural da palavra da vítima. Nessa medida, o Protocolo apresenta potencial para mitigar injustiças epistêmicas e qualificar a prestação jurisdicional, promovendo decisões mais sensíveis às desigualdades de gênero sem alterar as exigências probatórias impostas pelo ordenamento jurídico.

O segundo processo para ilustrar o debate proposto trata-se do n. 84/2017, que foi autuado em 10 de julho de 2009, julgado em 13 de dezembro

36 FRICKER, 2023.

37 CNJ, 2023.

de 2007, a relatora foi a Conselheira Beatriz do Valle Bargieri, e o recurso foi julgado em 13 de dezembro de 2017, com a relatoria do Conselheiro Bruno Leonardo Guimarães Godinho. A requerente V.G.M.S. redigiu o próprio requerimento e conta que foi casada com um professor, que aderiu aos seus “ideais políticos-nacionalistas” e sofreu muitas perseguições políticas em função disso. Foi transferida para os “piores lugares do interior de Roraima”, trabalhou como professora rural em vários lugares. Em razão das perseguições, foi tolhido o seu progresso profissional.

A decisão da Comissão de Anistia foi assim ementada:

ANISTIA. ESPOSA DE MILITANTE POLÍTICO. MILITÂNCIA POLÍTICA NÃO CONFIGURADA. PERSEGUIÇÃO POLÍTICA.

I. A requerente é esposa de José Mendes de Souza, já anistiado por esta Comissão de Anistia, com Portaria n° 1783, assinada pelo Ministro de Estado da Justiça e publicada no DOU em 14 de novembro de 2007;

II. Não ficou comprovado o nexo de causalidade entre a perseguição política enfrentada por José Mendes de Souza e o período da relação matrimonial;

III. Pelo Indeferimento.

Ao marido da requerente foi concedida a anistia, processo que foi apensado ao feito, como citado na decisão. Inclusive, a Conselheira relatora traz ao voto um trecho daquele processo, no qual o marido fez menção à esposa: “que é professora e também foi atingida. Vivi muito tempo escondido com minha família (mulher e filhos) pelos interiores e Venezuela, até passar a Estado com a Constituição de 1988”. Inobstante esse contexto, o pedido foi indeferido, sob a justificativa de que “as informações contidas na carteira de Trabalho demonstram que a requerente não sofreu nenhuma interrupção no seu trabalho profissional, em virtude de eventuais perseguições políticas de seu marido”.

Essa conclusão enseja uma importante reflexão em relação ao cenário da família naquele período. Não causa nenhuma estranheza o fato de que a mulher e os filhos acompanhavam o marido, quando este era alvo de perseguição política. Assim “como os demais fenômenos sociais, também o patriarcado está em permanente transformação”,³⁸ o que é preciso ser levado em consideração quando da análise das ações realizadas por uma esposa e mãe que tinha o seu marido como alvo de perseguição política.

Nas décadas de 1960 e 1970, a mulher estava muito mais alocada no âmbito privado do que no público. O “patriarcado abrange não apenas a família, mas atravessa a sociedade como um todo”.³⁹ Além da figura do pai, cujo poder sobre as mulheres da família foi naturalizado, a seguir surge a figura do marido, que se torna central, pois é ela que o contrato sexual institui, configurando-se em um tipo hierárquico de relação que invade todos os espaços da socieda-

38 SAFFIOTI, 2015. p. 48.

39 SAFFIOTI, 2015, p. 49.

de.⁴⁰ Não se está a dizer que a mulher não tinha capacidade de agência, mas que a naturalização desse modo de viver levava a certas práticas que devem ser reconhecidas como importantes elementos quando da análise dos casos em concreto.

Nesse passo, para ilustrar o proposto, duas perguntas indicadas pelo Protocolo Para Julgamento com Perspectiva de Gênero parecem ser pertinentes e poderiam, talvez, conduzir a uma conclusão diversa (ou pelo menos produzir uma reflexão) pela Comissão de Anistia. São elas: “Posso estar ignorando como dinâmicas de desigualdades estruturais podem afetar a vida de uma pessoa? Ou seja, é possível que dinâmicas de gênero tornem importantes fatos que, pela minha experiência ou visão de mundo, poderiam parecer irrelevantes?”. Como exemplo citam a seguinte situação: “uma mulher demorou para denunciar seu ex-marido por violência doméstica por medo de retaliação ou por ser financeiramente dependentes”; e “Minha interpretação de conceitos está refletindo a realidade de grupos subordinados ou está restrita à minha percepção do mundo?”.

Como se vê, o Protocolo orienta a interrogar a própria credibilidade do julgador, partindo de um questionamento fundamental: “há preconceitos de gênero influenciando a minha leitura?”. A indicação de que o resultado poderia ser diferente, caso o Protocolo fosse aplicado, decorre não porque se alteraria o padrão probatório formalmente exigido, mas porque a aplicação pode corrigir distorções epistemológicas e procedimentais, neutralizando injustiças epistêmicas (testemunhal e hermenêutica) que têm prejudicado sistematicamente a credibilidade e a articulação de experiências de mulheres.⁴¹

A análise dos casos examinados evidencia que a ausência de decisões com perspectiva de gênero na Comissão de Anistia não decorreu, exclusivamente, da composição do colegiado. A pesquisa demonstrou que conselheiros e conselheiras, de modo geral, adotaram critérios decisórios semelhantes, reproduzindo uma compreensão universalizante das violações de direitos humanos e atribuindo reduzida centralidade às especificidades das violências sofridas pelas mulheres durante a ditadura civil-militar. A presença feminina nos espaços decisórios, embora imprescindível sob a perspectiva democrática e representativa, mostrou-se insuficiente para produzir, por si só, uma atuação institucional sensível às desigualdades estruturais de gênero e às suas múltiplas intersecções.

40 SAFFIOTI, 2015, p. 59-60.

41 De acordo com Fricker (2023), a injustiça testemunhal ocorre quando o depoimento sofre desvalorização por preconceitos sobre a identidade do falante, enquanto a injustiça hermenêutica acontece quando faltam recursos conceituais que permitam ao sujeito nomear e interpretar sua experiência. Essas formas operam especialmente em contextos de gênero e afetam a avaliação da prova testemunhal.

Os casos analisados revelam que a incorporação de uma perspectiva de gênero não se confunde com a flexibilização das regras probatórias ou com a adoção de soluções previamente definidas em favor das mulheres. Trata-se, antes, da construção de uma racionalidade decisória capaz de reconhecer que as experiências de violência são produzidas em contextos estruturais marcados pelo patriarcado, pelo racismo, pela colonialidade e por outras formas de dominação, circunstâncias que influenciam tanto a produção quanto a interpretação das provas e a própria credibilidade atribuída às vítimas. Nessa perspectiva, instrumentos como o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do Conselho Nacional de Justiça apresentam potencial para qualificar a atividade decisória, ao exigir do julgador uma postura reflexiva diante de seus próprios pressupostos interpretativos e dos vieses que podem comprometer a concretização da igualdade material.

Os resultados obtidos permitem, assim, sustentar que o principal desafio da justiça de transição brasileira não reside apenas em ampliar a participação de mulheres nos espaços de poder, mas em promover um efetivo letramento institucional em gênero e interseccionalidade, acompanhado da adoção de protocolos interpretativos que possibilitem o reconhecimento das especificidades das violações sofridas pelas mulheres. Somente a partir de uma atuação institucional comprometida com essas dimensões será possível superar a invisibilização de experiências historicamente marginalizadas e avançar na construção de processos reparatórios compatíveis com os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro em matéria de direitos humanos e justiça de transição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este escrito buscou compreender por que a diversidade de gênero na composição da Comissão de Anistia Política não produziu diferenças significativas na incorporação de uma perspectiva de gênero nos julgamentos proferidos entre 2013 e 2022. A reflexão partiu dos resultados de pesquisa empírica qualitativa que examinou 152 processos envolvendo mulheres requerentes de anistia política, cujos achados evidenciaram a inexistência de diferenças relevantes entre decisões proferidas por conselheiros e conselheiras, tanto quanto ao desfecho dos processos quanto à consideração das especificidades das violências de gênero.

A hipótese inicialmente formulada mostrou-se confirmada. Os resultados permitem concluir que a simples presença de mulheres em espaços institucionais de decisão, embora represente importante avanço sob a perspectiva democrática e da representação, não é suficiente para promover transformações no conteúdo das decisões. A atuação de conselheiros e conselheiras revelou-se condicionada por uma racionalidade institucional comum, marcada pela universalização abstrata das violações de direitos humanos, pela reduzida problematização das

relações estruturais de gênero e pela ausência de referenciais interpretativos capazes de reconhecer as especificidades das experiências femininas.

A análise desenvolvida permitiu identificar três fatores centrais para a compreensão desse cenário. O primeiro consiste no predomínio de uma concepção universalizante da categoria vítima, que tende a tratar as violações praticadas durante a ditadura como experiências homogêneas, invisibilizando formas específicas de violência dirigidas às mulheres.

O segundo refere-se à insuficiência de letramento institucional em gênero e interseccionalidade, o que dificulta o reconhecimento das múltiplas relações entre patriarcado, raça, classe, colonialidade e violência política.

O terceiro decorre da inexistência de protocolos institucionais que orientem a atividade decisória a partir de uma perspectiva interseccional de gênero, reduzindo a possibilidade de identificação e enfrentamento de estereótipos e injustiças epistêmicas reproduzidas no processo decisório.

Nesse contexto, o estudo evidencia que o debate acerca da composição dos órgãos responsáveis pela justiça de transição não pode restringir-se à dimensão quantitativa da representatividade. A presença de mulheres permanece fundamental para o fortalecimento da legitimidade democrática das instituições, mas precisa ser acompanhada de processos permanentes de formação, letramento institucional e adoção de parâmetros interpretativos capazes de incorporar a perspectiva interseccional de gênero na apreciação dos casos concretos.

É justamente nesse sentido que instrumentos como o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do Conselho Nacional de Justiça revelam potencial para qualificar a atividade decisória, não por flexibilizarem regras probatórias, mas por promoverem uma interpretação crítica das desigualdades estruturais que atravessam a produção, a valoração da prova e o reconhecimento das violações de direitos humanos.

Nesse passo, considerando a relevância dos achados, a pesquisa de tese, da qual se origina este artigo, não se limitou ao diagnóstico das insuficiências identificadas, mas apresentou uma proposta concreta de aprimoramento institucional: a elaboração de um Protocolo para Julgamento com Perspectiva Interseccional de Gênero para a Comissão de Anistia. Foram formuladas perguntas orientadoras, adaptadas às especificidades da justiça de transição, destinadas a subsidiar a atuação dos(as) conselheiros(as) na análise dos casos concretos, favorecendo decisões mais sensíveis às desigualdades estruturais de gênero, raça, classe e demais marcadores sociais, sem afastar as exigências probatórias próprias do procedimento administrativo. O objetivo é promover o reconhecimento das especificidades das violações sofridas pelas mulheres e contribuir para a mitigação de vieses e injustiças epistêmicas que podem comprometer a efetivação dos direitos à memória, à verdade e à reparação.

Por fim, espera-se que as reflexões desenvolvidas contribuam para ampliar o debate sobre gênero e justiça de transição no Brasil, demonstrando que a efetivação da igualdade material exige mais do que diversidade na composição dos espaços institucionais. Exige, sobretudo, a transformação das racionalidades que orientam a tomada de decisão, de modo que os mecanismos de memória, verdade e reparação sejam capazes de reconhecer, de forma efetiva, as múltiplas experiências de violência vivenciadas pelas mulheres e por outros grupos historicamente marginalizados. Nesse sentido, o artigo propõe que a consolidação de uma justiça de transição comprometida com os direitos humanos passa, necessariamente, pela institucionalização de uma perspectiva interseccional de gênero como elemento integrante da própria atividade decisória.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Direito à verdade e à memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. In: *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 19, n. 1, pp. 201-230, 2014. Disponível em: www.univali.br/periodicos. Acesso em: 10/05/2026.

CAMARGO, Rowana. O universal que silencia: mulheres, justiça de transição e a perspectiva interseccional de gênero. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2026.

CAMARGO, Rowana; SILVA FILHO, José Carlos; CARPENEDO, Alexandre de Freitas. A participação das mulheres na Ditadura Civil-Militar brasileira: desvelando o protagonismo sociopolítico feminino entre 1964 e 1985. In: *Revista Historia y Sociedad*, Universidad Nacional de Colombia, v. 47, pp. 98-128, 2024. DOI: <https://doi.org/10.15446/hys.n47.113046>. Acesso em: 22/05/2026.

CARBY, Hazel. Mujeres blancas, ¡escuchad! El feminismo negro y los límites de la hermandad femenina. JABARDO, Mercedes (org.). *Feminismos negros. Una antología*. Traficantes de Sueños: Madrid, pp. 210-243, 2012.

COELHO, Maria José H; ROTTA, Vera (org.). *Caravanas da Anistia: O Brasil pede perdão*. Brasília, DF: Ministério da Justiça; Florianópolis, Comunicação, Estudos e Consultoria, 2012. Disponível em: <https://bibliotecadigital.mdh.gov.br/jspui/handle/192/4911>. Acesso em: 28/05/2026.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero. 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/>

uploads/2021/10/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero-c-nj-24-03-2022.pdf. Acesso em: 18/05/2026.

CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. In: Revista Estudos Feministas, ano 10, v. 1, pp. 171-188, 2002. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2002000100011>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/mbTpP4S-FXPnJZ397j8fSBQQ/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 10/05/2026.

DUQUE, Ana Paula Del Vieira. O gênero da justiça de transição no Brasil. In: 13º Mundos de Mulheres & Fazendo Gênero 11, 2017, Florianópolis. Anais [...]. Florianópolis, 2017.

FRICKER, Miranda. Injustiça Epistêmica: o poder e a ética do conhecimento. Trad. Breno R. G. Santos. EDUSP: São Paulo, 2023.

GÁNDARA CARBALLIDO, Manuel E. Los derechos humanos en el siglo XXI: una mirada desde el pensamiento crítico. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2019. *E-book*.

GONÇALVES, Danyelli Nilin. O preço do passado: anistia e reparação de perseguidos políticos no Brasil. Tese (Doutorado em Sociologia), Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2006.

HERRERA FLORES, Joaquín. A (re)invenção dos direitos humanos. Trad. Carlos Roberto Diogo Garcia e Antonio Henrique Graciano Suxberger, Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

hooks, bell. Mulheres negras: moldando a teoria feminista. In: Revista Brasileira de Ciência Política, n. 16, jan./abr., pp. 193-210, 2015. DOI: <https://doi.org/10.1590/0103-335220151608>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/mrjHhJLHZtfyHn7Wx4HKm3k/?lang=pt>. Acesso em: 21/04/2026.

LUGONES, María. Colonialidade e gênero. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de; Varejão, Adriana (orgs.) Pensamento feminista hoje: perspectivas decoloniais. Rio de Janeiro, Bazar do Tempo, pp. 52-83, 2020.

MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS E DA CIDADANIA. Comissão de Anistia finalizou 97% dos 80.357 pedidos recebidos desde 2001. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2025/abril/comissao-de-anistia-finalizou-97-dos-80-357-pedidos-recebidos-desde-2001>. Acesso em: 09/05/2026.

OYEWÙMÍ, Oyèrónké. Conceituando o gênero: os fundamentos eurocêntricos dos conceitos feministas e o desafio das epistemologias africanas. In: Hollanda, Heloísa Buarque de (org.). Pensamento feminista hoje: perspectivas decoloniais. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, pp. 84-95, 2020.

PHILLIPS, Anne. De uma política de idéias a uma política de presença? In: Revista Estudos Feministas, ano 9, v. 1, pp. 268-290, 2001. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-026X2001000100016>. Acesso em: 11/07/2026.

SAFFIOTI, Heleieth. Gênero, patriarcado, violência. 2. ed. São Paulo, Fundação Perseu Abramo, 2015.

SALGADO, Livia de Barros. Os anos 2000 e a questão da reparação aos atingidos pela ditadura no Brasil. In: Revista Antropolítica, 2023. Disponível em: https://periodicos.uff.br/antropolitica/article/view/56631/35443#content/citation_reference_3. Acesso em: 09/05/2026.

SÁNCHEZ RUBIO, David. Derechos humanos, no colonialidad y otras luchas por la dignidad: una mirada parcial y situada. In: Campo Jurídico: Revista de Direito Agroambiental e Teoria do Direito, v. 3, n. 1, pp. 181-213. 2015. Disponível em: <https://idus.us.es/handle/11441/88194>. Acesso em: 08/07/2026.

SCOTT, Joan. Gênero: ainda é uma categoria útil de análise? In: *Albuquerque*: Revista de História, v. 13, n. 26, pp. 177-186, dez. 2021. DOI: <https://doi.org/10.46401/ardh.2021.v13.14704>. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/AlbRHis/article/view/14704>. Acesso em: 27/05/2023.

SEGATO, Rita. As estruturas elementares da violência. 1. ed. Trad. Danú Conti-jo. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2025.

SEGATO, Rita. Crítica da colonialidade em oito ensaios: e uma antropologia por demanda. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2021.

SETEMY, Adrianna. “Ato sem perdão”: justiça de transição, políticas de memória e reparação às mulheres vítimas de violência de gênero durante a ditadura militar brasileira. In: Estudos Históricos, Rio de Janeiro, v. 33, n. 70, pp. 338-358, maio/ago. 2020. DOI: <https://doi.org/10.1590/S2178-14942020000200007>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/eh/a/yqG9ZmyFWjMHqrNjcGVYxSC/>. Acesso em: 26/05/2026.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira de. Justiça de transição – da ditadura civil-militar ao debate justransicional – direito à memória e à verdade e os caminhos da reparação e da anistia no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de; et al. (orgs.). O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina. Vol. 7. Brasília: UNB, 2015.

Aprovado em: 27/07/2026

Recebido em: 05/08/2026

PARA ALÉM DOS MECANISMOS TRADICIONAIS DE PARTICIPAÇÕES SOCIAIS NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

BEYOND THE TRADITIONAL MECHANISMS OF SOCIAL PARTICIPATION IN THE BRAZILIAN JUDICIAL REVIEW

WAGNER VINÍCIUS DE OLIVEIRA¹

RESUMO

A partir do diagnóstico de que os espaços destinados para as participações sociais no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro se restringem majoritariamente às intervenções dos *amici curiae* e às audiências públicas procura-se fundamentar a necessidade de mecanismos para além das cercanias do tradicional. A preocupação central repousa mais em justificar essa perspectiva do que necessariamente apresentar “novos mecanismos”. O método de pesquisa possui natureza predominantemente bibliográfica. Para tanto, o artigo se estrutura em quatro seções que buscam (i) descrever os espaços participatórios dos mecanismos tradicionais, (ii) identificar suas evidências documentais, (iii) apontar seus impactos e (iv) alguns de seus participantes. Os resultados confirmaram a hipótese inicial e sugerem a continuidade das pesquisas para sugerir mecanismos e atores sociais para além dos tradicionais. Por fim, apresentam-se as conclusões.

PALAVRAS-CHAVE: *Amicus curiae*. Audiências públicas. Controle judicial de constitucionalidade. Participação social.

ABSTRACT

Based on the diagnosis that the spaces designated for social participation in the Brazilian judicial review are mostly restricted to interventions by *amici curiae* and public hearings, seek to substantiate the need for mechanisms that go beyond the traditional boundaries. The central concern lies more in justifying this perspective than necessarily presenting “new mechanisms”. The research method is predominantly bibliographic in nature. To this end, the paper is structured into four sections that seek to (i) describe the participatory spaces of traditional mechanisms, (ii) identify their documentary evidence, (iii) point out their impacts and (iv) some of their participants. The results confirmed the initial hypothesis and suggest that research should continue to suggest mechanisms and social actors beyond the traditional ones. Finally, the conclusions are presented.

KEYWORDS: *Amicus curiae*. Public hearings. Judicial review. Social participation.

SUMÁRIO: 1 - Introdução. 2 - Espaços participatórios criados pelos *amici curiae* e pelas audiências públicas. 2.1 - *Amicus curiae*. 2.2 - Audiências públicas. 3 - Evidências sobre os mecanismos tradicionais de participações sociais. 4 - Impactos em perspectiva dos mecanismos tradicionais. 5 - Sobre as participações sociais e seus participantes. 6 Conclusão. Referências.

1 Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor da Universidade Federal do Tocantins (UFT). E-mail: oliveirawagnervinicius@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2018-8034>.

1. INTRODUÇÃO

Seria possível restringir as participações sociais no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro às intervenções dos *amici curiae* e às audiências públicas? Nesse artigo, procura-se fundamentar a necessidade de mecanismos para além das cercanias tradicionais. Para tanto, busca-se especificar alguns dos sentidos possíveis para a locução “participações sociais” no controle concentrado de constitucionalidade realizado com exclusividade pelo Supremo Tribunal Federal - STF.

A tarefa inicial e também a primeira dificuldade que se desponta no horizonte teórico a ser analisado consiste em delimitar conceitualmente termos plurissignificativos como participação e exclusão, por exemplo. Pretende-se iniciar os diálogos sobre a necessidade de criar outros espaços para acomodar as participações sociais em detrimento de apontar “saídas peremptórias” propriamente ditas.

Para especificar aquilo que se entende por controle concentrado de constitucionalidade brasileiro vale recuperar alguns antecedentes históricos. Essa locução deriva, em parte, do *judicial review* estadunidense que, por sua vez, deita raízes na tradição anglo-saxã datada desde 1706 com a existência de uma “cláusula de suspensão”, que “requer a aprovação real de certas classes de legislação colonial; mais tarde vista como a antecipação da ‘revisão judicial’”.²

Na maioria das vezes, atribui-se ao caso *Marbury vs. Madison* e à perspicácia do Juiz Marshall na “decisão inaugural” que conferiu em 1803 a possibilidade de o Judiciário estadunidense revisar os atos normativos do Executivo com base na superioridade hierárquica da constituição federal. Todavia, Marshall fez aquela construção temerária e afirmou a inconstitucionalidade para não fazer o enfrentamento ao governo Jefferson.³ Essa primeira afirmação procede parcialmente, porque na experiência constitucional dos Estados Unidos da América, desde o ano de 1780, “os tribunais estaduais já haviam se recusado a fazer cumprir a legislação por motivos constitucionais”⁴ ou até mesmo um pouco depois.⁵

2 No original: “‘Suspending clause’ requires royal approval of certain classes of colonial legislation; later seen as anticipation of ‘judicial review.’” HAMILTON; JAY; MADISON, 2005, p. XXVII [A brief chronology].

3 Cf. ação direta de inconstitucionalidade n. 2.797/DF. Relator Sepúlveda Pertence, 15 set. 2005.

4 Cf. Chronologically, they are *Holmes v. Walton* (N.J., 1780); *Commonwealth v. Caton*, (Vir., 1782); *Rutgers v. Waddington* (N.Y., 1784), which is not a clear precedent; and most clearly, *Trevett v. Weedon* (R.I., 1786) and *Bayard v. Singleton* (N.C., 1787). HAMILTON; JAY; MADISON, 2005, p. 417 [Paper n. 78, A view of the constitution of the Judicial Department, in relation to the tenure of good behavior, note about Lines 180-183].

5 Os primeiros casos são datados de julho de 1793, julho de 1795 e julho de 1798. GODOY, 2015, p. 50-51.

Em referência ao controle concentrado de constitucionalidade de matriz austríaca interessa pontuar que sua existência ocorre em razão da “desconfiança quanto à figura do juiz, ainda presente na Europa, que se atribuiu a um tribunal fora da estrutura judiciária o poder de controle da constitucionalidade dos atos normativos”.⁶ Controvérsias à parte, atualmente se sabe que o controle judicial de constitucionalidade se apresenta enquanto gênero que comporta outras três espécies, a saber: (i) o controle difuso ou concreto; (ii) o controle concentrado ou abstrato; (iii) o controle misto ou dual.⁷

O objeto pesquisado nesse artigo consiste na espécie do controle concentrado de constitucionalidade que ingressou no ordenamento jurídico brasileiro por intermédio da emenda constitucional n. 16 de 1965, sob a denominação de “representação interventiva”. A constituição de 1934, outorgou a legitimidade ativa da representação interventiva apenas ao Procurador Geral da República, inaugurando assim as primeiras ideias sobre o controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. Desse modo, somava-se ao controle difuso-concreto existente no Brasil desde os idos de 1894.⁸

De lá para cá, esse quadro normativo sofreu alterações, inclusive as funções atribuídas ao controle concentrado de constitucionalidade receberam influências do movimento de “expansão global do Judiciário”.⁹ Pelo advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e emendas constitucionais posteriores ocorreram modificações significativas, em especial no rol de legitimados ativos para abarcar autoridades políticas e sociais.

Atualmente, essa modalidade de controle de constitucionalidade forma um conjunto de cinco ações judiciais específicas, quais sejam: a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão (ADO), a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e a ação direta interventiva (ADII). Existe até mesmo quem atribua a possibilidade de figurar enquanto “instrumento de proteção de direitos fundamentais”.¹⁰

Especificamente quanto a ação direta de inconstitucionalidade assume uma modalidade genérica, outra por omissão e outra interventiva,¹¹ cada qual possui uma finalidade distinta e regramentos próprios constantes em diferentes seções da Lei n. 9.868/1999¹² e suas alterações posteriores. Aliás, o sobredito di-

6 TAVARES, 2012, p. 371.

7 Também conhecido como híbrido ou combinado, isso é, a coexistência dentro de um mesmo sistema de controle de constitucionalidade das modalidades judiciais difusa e concentrada.

8 Com o advento da Lei n. 221/1894, o controle difuso de constitucionalidade foi instituído na ordem jurídica brasileira.

9 Cf. TATE; VALLINDER, 1995, p. 515-528.

10 ALBUQUERQUE, 2013, p. 451.

11 TAVARES, 2012, p. 56.

12 Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação

ploma legal promete realizar uma espécie de “abertura procedimental” no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro e resolver as divergências sobre sua legitimidade democrática, por intermédio da intervenção dos *amici curiae* e pela realização de audiências públicas.

Contudo, vale retomar a pergunta inicial e colocar sob suspeita a limitação da participação social apenas nesses dois exemplos de mecanismos tradicionais. Elege-se o método de pesquisa de natureza predominantemente bibliográfica para realizar essa investigação teórica, cuja principal justificativa consiste em fornecer os aportes iniciais para a futura formulação de “novos mecanismos”. Trata-se, portanto, de uma pesquisa exploratória, fundamentada essencialmente na revisão sistemática de literatura sobre a temática pesquisada.

Assim, o percurso investigativo passará por quatro pontos específicos, quais sejam: (i) destacar os espaços participatórios criados pelos *amici curiae* e pelas audiências públicas no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro, (ii) demonstrar algumas de suas evidências, (iii) descrever alguns impactos dos mecanismos tradicionais, (iv) apresentar considerações sobre as participações sociais e seus participantes. Ao final, será apresentada a conclusão e a lista de referências.

2. ESPAÇOS PARTICIPATÓRIOS CRIADOS PELOS AMICI CURIAE E PELAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

No Estado democrático de direito não é apenas possível que a sociedade civil participe dos debates públicos, mas a interação entre o “povo” e suas instituições se torna necessária. Nessa primeira seção, cuida-se de compreender os supostos espaços democráticos criados com a contribuição da sociedade civil tradicionalmente organizada pelas categorias da intervenção processual de terceiros interessados (*amicus curiae*) e pelas audiências públicas realizadas no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro.

Trata-se de uma questão que repousa sobre a “forma como o Supremo Tribunal Federal tem utilizado as audiências públicas e os *amici curiae* para abrir-se à sociedade”.¹³ Além de ser uma afirmação recorrente, possui ligação direta com a investigação que se propõe a compreender a função da sociedade civil nesse ambiente, porém não se trata de mais uma defesa para fundamentar a utilização desses mecanismos tradicionais de participações sociais. De outra sorte, a proposta assumida envereda entre o reconhecimento e a crítica no sentido de identificar suas fragilidades e limitações ao mesmo tempo em que se conhece seus avanços.

declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

13 GODOY, 2015, p. 16.

Esse diagnóstico oferece duas contribuições. A primeira busca aproximar-se do entendimento atualizado sobre as participações sociais no ambiente testado; a segunda, propõe algumas estratégias alternativas em face dos obstáculos enfrentados para as participações sociais na interpretação constitucional. E assim, ampliar os espaços para a atuação da sociedade civil e possivelmente cooperar para tornar as reflexões sobre os sentidos e os alcances da constituição um ambiente aberto e potencialmente mais democrático.

Nesse sentido, a contribuição crítica que se oferece consiste em aperfeiçoar essas propostas, sobretudo ao considerar o protagonismo judicial nas decisões sobre questões que afetam diretamente a vida em sociedade. Primeiro, realiza-se uma espécie de relatório descritivo sobre algumas atuações dos *amici* para, na sequência, prosseguir com as experiências das audiências públicas no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro.

2.1 AMICUS CURIAE

Não é de hoje que se conhece o instituto dos *amicus curiae* e suas participações no direito brasileiro e particularmente no controle concentrado de constitucionalidade. Conforme se sabe, “devem ser órgãos ou entidades de representação que exibam não apenas interesse, mas também conhecimento sobre a matéria objeto da ação”.¹⁴ Em termos de classificação processual, trata-se de uma modalidade de intervenção de terceiros que ultrapassa os limites subjetivos da relação jurídico-processual com o propósito de ampliar o conhecimento da matéria debatida na fase de cognição judicial.

Embora não seja propriamente uma novidade trazida pela Lei n. 13.105/2015,¹⁵ o artigo 138 ao positivar a figura processual do *amicus curiae* decidiu sobre sua natureza jurídica (intervenção de terceiros), mas deixou algumas questões em aberto. Principalmente em virtude da indeterminação de locuções tais como: “relevância da matéria”, “especificidade do tema”, “repercussão social”, “órgão ou entidade especializada” e “representatividade adequada” ampliando assim a discricionariedade judicial. Com apenas um artigo assegurou, em tese, a possibilidade de intervenção de “pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada”¹⁶ nos procedimentos em tramitação no juízo singular ou em tribunal, sempre condicionados à decisão irrecorrível da juíza ou do juiz ou da relatora ou do relator.

Na experiência do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro as funções e limites atribuídos aos *amici* são definidos pela Ministra relatora ou pelo Ministro relator do processo judicial, mediante decisão monocrática que admita ou não a intervenção pleiteada. Conquanto apresente relativa variação,

14 GODOY, 2015, p. 174.

15 Código de processo civil.

16 BRASIL, 2015.

o entendimento majoritário aponta para a impossibilidade de interposição de agravo regimental a ser analisado pelo tribunal pleno para reverter a decisão unipessoal na hipótese de inadmissão. O momento de admissão das intervenções geralmente acontece até o pedido de inserção na pauta de julgamento, isso em virtude das características instrumentais e procedimentais para ampliar e aprofundar o conhecimento sobre a matéria constitucional.

Via de regra, a estratégia utilizada pelos *amici* consiste na distribuição de memoriais, documentos escritos que fornecem argumentos, dados e informações com posicionamentos sobre a constitucionalidade ou não de determinada lei ou ato normativo infraconstitucional questionado, até mesmo realizando interpretações sobre os sentidos e os alcances da norma constitucional. Em geral, a entrega desses memoriais acontece simultaneamente aos pedidos de admissão na relação processual, outras vezes, são impressos e encaminhados diretamente para os gabinetes da Ministra e dos Ministros do STF.

Existe a possibilidade de a relatora ou de o relator do processo convocar determinadas pessoas com as mesmas finalidades instrutórias. A exceção de embargos de declaração para sanar obscuridade, contradição, omissão ou erro material, não sendo admissível qualquer tipo de interposição recursal por parte dos *amici curiae* no controle concentrado de constitucionalidade. Reitera-se o espaço ampliado de atuação da Ministra relatora ou do Ministro relator nesse ponto existem dificuldades para conceber o tribunal enquanto espaço institucional para a atuação da sociedade civil. Decisões de admissão, inadmissão e convocação são apresentadas sob a forma de “representatividade adequada”, “relevância” ou “experiência e autoridade na matéria” quando na verdade podem camuflar múltiplos interesses.

Assim, surge espaço para a expansão e a influência judicial, mais precisamente para o desenvolvimento da “jurisdição monocrática”,¹⁷ quer dizer, a “jurisprudência” passa a ser concebida em termos de posicionamento individual (decisão unipessoal ou monocrática) e reduz o “posicionamento institucional do STF” ao entendimento pessoal da relatora ou do relator sobre o tema. Isso não deslegitima, por completo, nem o espaço nem suas protagonistas ou seus protagonistas, porém permite compreender fração das complexidades que circundam esse ambiente. Sob certas circunstâncias é possível inferir até mesmo uma função performativa em relação a esses mecanismos tradicionais de participações sociais à proporção que a relatoria do processo poderá condicionar os rumos da decisão judicial.

Além disso, não há qualquer tipo de vinculação procedimental ou argumentativa para a análise dos argumentos oferecidos. Um espaço que transita entre a persuasão e a performatividade atravessado pelo viés na admissão ou

17 VIEIRA, 2018, p. 25.

na convocação de seus participantes, sem a possibilidade de manejo recursal ou de obrigatoriedade de enfrentamento das razões apresentadas pelos *amici curiae* quando da prolação da decisão judicial. Sem considerar a possibilidade concreta de criação de uma espécie de “bem-estar participativo”,¹⁸ desta forma a participação social pode assumir diferentes acepções.

2.2 AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

A experiência brasileira das audiências públicas no controle concentrado de constitucionalidade é mais recente se comparada com os *amici curiae*, porém busca atender finalidades instrutórias semelhantes. Ambos os mecanismos não possuem previsão constitucional expressa para atuação no Judiciário. Mas, o “auxílio de agentes detentores de conhecimentos específicos em áreas técnicas e científicas, no intuito de elevar o nível de certeza das decisões do STF, quando se tratar de matérias onde haja uma limitação das informações nos autos do processo”.¹⁹

As audiências públicas possuem previsão infraconstitucional desde 1999 sem que fossem aplicadas pelas Ministras e pelos Ministros do STF, quando “de repente, em um intervalo de sete anos foram promovidas quatorze audiências públicas, sendo que sete delas no último ano de 2013”.²⁰ O primeiro registro de audiência pública nesse tipo de ação judicial ocorreu no ano de 2007, por iniciativa do Ministro relator Ayres Britto no bojo da ADI n. 3.510/DE, em analogia ao Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD).

Sob a presidência do Ministro Gilmar Mendes o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) incorporou formalmente a prática das audiências públicas mediante Emenda Regimental n. 29 de 18 de fevereiro de 2009. Acrescentou alguns dispositivos para inserir dentre as atribuições da Ministra ou do Ministro que temporariamente exerce a Presidência do STF ou está na relatoria do processo judicial a possibilidade de convocação de audiência pública.

Porém, se trata de modificação “excessivamente pontual” ao permitir apenas a realização desse procedimento. Não dispondo a respeito das regras procedimentais sobre “o tempo dedicado a cada participante, a possibilidade ou não de perguntas depois das exposições, o critério de escolha dos participantes, a distinção entre ser ouvido na condição de terceiro interessado admitido como *amicus curiae* ou apenas como participante, dentre outras”²¹ questões que provavelmente diminuiriam a discricionariedade judicial.

18 OLIVEIRA, 2018a, p. 133.

19 LACOMBE; LEGALE; JOHANN, 2014, p. 188.

20 LACOMBE; LEGALE; JOHANN, 2014, p. 182.

21 CARVALHO, 2011, p. 49.

Ambas as hipóteses de convocação precisam passar pelo entendimento pessoal da Presidenta ou do Presidente do STF ou da relatora ou relator do processo para elucidar as “questões ou circunstâncias de fato” que de alguma maneira afetem o “interesse público relevante”. O objetivo central do ato convocatório consiste em realizar a oitiva de “pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria”. Outra possibilidade de convocação diz respeito as matérias capazes de provocar impactos negativos na ordem jurídica, social, econômica, política etc., comprometendo a segurança jurídica das decisões judiciais.

Desde 2013 já se sustentava que o “tribunal tem se convertido num laboratório de precedentes no qual a comunidade científica é chamada a sair dos seus laboratórios e a comparecer nos tribunais para colaborar para um olhar menos ensimesmado do direito”.²² Essa afirmação pressupõe relativa “autonomia científica” contrastada pelos filtros ideológicos aos quais estão submetidos os processos de convocação, de admissão de participantes e de realização. Na prática, observa-se que as audiências “trazem ao STF especialistas, militantes e acadêmicos que não se reportam ao Tribunal em termos necessariamente jurídicos, mas sim técnico-políticos, agregando uma enorme quantidade de argumentos consequencialistas ao processo decisório da corte”.²³

Sobre esse fenômeno, quando se considera a literalidade do dispositivo regimental que permite a realização de audiências públicas, percebe-se que sua previsão normativa buscou oferecer subsídios técnico-científicos para a tomada de decisão judicial potencialmente adequada. Em princípio, não caberia esse instrumento para sanar divergências políticas ou morais, apenas para explicações técnicas e científicas. Desse último ponto de vista, conhecer ou reconhecer as situações fáticas existente contribui para robustecer a fundamentação do ato decisório e transversalmente essa oxigenação do Tribunal contribui para uma decisão revestida de maior legitimidade democrática.

Embora as audiências públicas sejam realizadas em maior frequência numérica nas ações de controle concentrado de constitucionalidade - até dezembro de 2024 foram realizadas quarenta e três audiências públicas pelas Ministras e pelos Ministros do STF - também são desenvolvidas em outros tipos ações judiciais.²⁴

22 LACOMBE; LEGALE; JOHANN, 2014, p. 205.

23 VIEIRA, 2018, p. 135.

24 A título de exemplo: 01) Suspensão de Liminar n. 47, Suspensão de Liminar n. 64, Suspensão de Tutela Antecipada n. 36, Suspensão de Tutela Antecipada n. 185, Suspensão de Tutela Antecipada n. 211, Suspensão de Tutela Antecipada n. 278, Suspensão de Segurança n. 2361, Suspensão de Segurança n. 2944, Suspensão de Segurança n. 3345 e Suspensão de Segurança n. 3355, maio 2009, judicialização do direito à saúde; 02) Recurso Extraordinário n. 627189/SP, mar. 2013, campo eletromagnético de linhas de transmissão de energia; 03) Recurso Extraordinário n. 586224/SP, abr. 2013, queimadas em canaviais; 04) Recurso Extraordinário

Ao que tudo indica, o espaço ocupado pelas audiências públicas encontra-se partilhado pela Ministra e pelos Ministros do STF e pelas especialistas e pelos especialistas encontrando pouca aderência à ideia de “democratização” pelas participações sociais. Todavia, cogita-se a insuficiência das audiências públicas enquanto espaço público para a deliberação constitucional e, portanto, um mecanismo tradicional para as participações que, por si só, seria incapaz de conferir ou de majorar a legitimidade democrática nas ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Confirmar ou refutar essa hipótese demandaria investigar se e “em que medida essa prática é capaz de ampliar a representação argumentativa e a legitimidade democrática daquele Tribunal”.²⁵ Mediante a conjugação de objetivos formais e materiais verificar os critérios adotados nos atos preparatórios para a realização da audiência pública (fase pré-decisional) e identificar “a) de que maneira os argumentos apresentados em audiência pública foram considerados nos votos proferidos; e b) de que elementos se compõem as decisões”²⁶ (fase pós-decisional), respectivamente.

Em meio a esses objetivos e na “contramão” dos entendimentos majoritários sobre o tema sustenta-se que as “audiências públicas podem se constituir um entrave à participação da sociedade no Supremo Tribunal Federal, ao invés de uma alternativa democrática”.²⁷ Apesar da interação procedimental entre as funções Legislativa e Executiva e, em certo sentido, com setores específicos da sociedade civil parece exagerado ou no mínimo demasiadamente otimista supor a legitimidade democrática alcançada apenas pela realização de audiência pública nesse ambiente institucional.

Basicamente, duas são as conclusões possíveis. Primeiro, as audiências públicas realizadas pelo STF estão longe de representarem uma sociedade aberta das intérpretes e dos intérpretes da constituição;²⁸ antes pelo contrário, trata-se de configurar uma espécie “de portas abertas somente para convidados”.²⁹ Segundo, consiste num espaço restrito para a atuação até mesmo das especialistas e dos especialistas convidados, pois nesse “momento processual” as “data

n. 641320/RS, maio 2013, regime prisional; 05) Recurso Extraordinário n. 581488/RS, maio 2014, internação hospitalar com diferença de classe no SUS; 06) Recurso Extraordinário n. 973837/MG, maio 2017, armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou hediondos; 07) Recurso Extraordinário n. 1010606/RJ, jun. 2017, aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil, em especial quando esse for invocado pela própria vítima ou por seus familiares; 08) Ação Civil Originária n. 2.333/MG, jun. 2019, conflitos federativos sobre questões fiscais dos estados e da união; 09) Recurso Extraordinário n. 1238853/RJ, dez. 2019, candidatura avulsa.

25 CARVALHO, 2011, p. 11.

26 CARVALHO, 2011, p. 20.

27 CARVALHO, 2011, p. 20.

28 Cf. HÄBERLE, 2013.

29 CARVALHO, 2011, p. 53-54.

e hora são previamente definidos pelo relator no ato da convocação, ou seja, só haverá um momento processual para solicitar a participação em audiência pública e para participar da audiência propriamente dita”.³⁰ Parece inclusive haver dificuldades para sustentar a existência de espaços democratizantes para aquelas e aqueles poucos escolhidos.

Por certo, tais afirmações precisam vir acompanhadas de algum lastro documental. Desse modo, na próxima seção realiza-se a demonstração desses argumentos ancorados nos números e nas práticas jurisdicionais. Em primeiro lugar apresenta-se os resultados em relação aos *amici curiae* seguidos dos dados das audiências públicas, ambos realizados no controle concentrado de constitucionalidade.

3. EVIDÊNCIAS SOBRE OS MECANISMOS TRADICIONAIS DE PARTICIPAÇÕES SOCIAIS

Realizadas as primeiras aproximações teóricas busca-se estabelecer algum lastro documental capaz de analisar os espaços de atuação dos mecanismos tradicionais de participações sociais. É recorrente, porém, controverso, atribuir a esses mecanismos a função de democratizar ou de legitimar democraticamente a atuação do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. Apesar de todas as dificuldades, reconhece-se que ouvir parcela da sociedade civil ainda é preferível a encerrar a hermenêutica constitucional às atrizes e aos atores estatais.

Mesmo assim, cabe lançar algumas dúvidas sobre a atuação dos mecanismos tradicionais de participações sociais. A ideia que se adota enquanto ponto de partida considera os *amici curiae* enquanto um fator de pluralidade, do ponto de vista quantitativo, sem, contudo, inserir os diversos seguimentos sociais.³¹ Portanto, pluraliza numericamente as atrizes e os atores partícipes da interpretação constitucional, mas dentro de setores específicos da sociedade civil organizada.

A relação de admissão dos *amici* por relatora ou por relator no período de 1990 até 2017 fornece algumas pistas ilustrativas sobre o cenário de crescimento numérico desse mecanismo de participações sociais antecipado nas seções antecedentes, conforme disposto no quadro infra:

30 CARVALHO, 2011, p. 56.

31 OLIVEIRA, 2018b, p. 158.

Quadro 01 - Relação de admissão dos *amici* por relatora ou relator (1990-2017)

N.	AMICI ADMITIDOS	%	MIN. RELATOR(A)	DATA DE INGRESSO NO STF
01	17	12%	Luiz Fux	03/03/2011
02	15	11%	Marco Aurélio	13/06/1990
03	15	11%	Gilmar Mendes	20/06/2002
04	10	7%	Cármen Lúcia	21/06/2006
05	9	7%	Rosa Weber	19/12/2011
06	8	6%	Roberto Barroso	26/06/2013
07	8	6%	Ricardo Levandowski	16/03/2006
08	7	5%	Edson Fachin	16/06/2015
09	6	4%	Dias Toffoli	23/10/2009
10	5	4%	Celso de Mello	17/08/1989
11	3	2%	Alexandre de Moraes	22/03/2017

Fonte: OLIVEIRA, 2018b, p. 164.

Apesar de a admissão dos *amici* depender majoritariamente do entendimento pessoal da relatora ou do relator do processo existem variáveis endógenas e exógenas que precisam ser levadas em consideração durante a análise dos dados, tais como a data de ingresso das Ministras ou dos Ministros no STF e as especificidades da matéria debatida, o grau de repercussão social, entre outros fatores capazes de influenciar nos resultados obtidos.³² No entanto, quando se interroga quantos e quais foram os *amici* admitidos chega-se a outros entendimentos; isso porque participaram das 138 (cento e trinta e oito) ADI's analisadas o número de 483 (quatrocentos e oitenta e três) *amici*, precisamente 177 (36,65%) destes possuem origem social e pelo menos 306 (63,35%) “não possuem origem social”.³³

Alguns pontos sobre os critérios utilizados para a classificação da origem social precisam ser explicitados. Destarte, um *amicus* será agrupado na categoria social quando reunir cumulativamente quatro requisitos essenciais, a saber: a) personalidade jurídica de direito privado; b) ausência de pertencimento, direto ou indireto, aos quadros estatais; c) sem finalidade lucrativa; d) indicação do contexto de atuação social.³⁴ No entanto, essa taxionomia abstrata quando contrastada com a prática institucional depara-se com algumas dificuldades.

Em princípio, os sindicatos e confederações possuem origem social, ressalvado o sindicato patronal ou de determinados servidores públicos, a exemplo

32 OLIVEIRA, 2018b, p. 164.

33 OLIVEIRA, 2018b, p. 165.

34 OLIVEIRA, 2018b, p. 162.

do Sindicato dos Delegados de Polícia Civil (ADI n. 1.470/ES) ou do Sindicato dos Notários e Registradores (ADI n. 3.773/RR). No mesmo sentido, as associações privadas possuem origem social, excetuadas a Associação do Ministério Público de Contas (ADI n. 3.736/DF), das Companhias de Energia Elétrica (ADI n. 4.902/DF), dos *Shopping Centers* (ADI n. 4.862/PR), dos Defensores Públicos (ADI n. 4.163/SP), dos Magistrados Brasileiros (ADI n. 3.889/RO), entre outros exemplos possíveis.³⁵

Mesmo diante do crescimento numérico das participações dos *amici* no controle concentrado de constitucionalidade essas tarefas são majoritariamente desempenhadas por segmentos estatais e corporativos.³⁶ Frente a esse desequilíbrio institucional algumas práticas sociais esparsas não teria o condão de fornecer concretude suficiente para subsidiar uma teoria que pretende inserir o “povo” enquanto interlocutor necessário na interpretação constitucional. Diante deste motivo, encontram-se dificuldades conceituais e operativas para as participações sociais que ultrapassem as formas que essas participações tradicionais assumem.

Com propósitos semelhantes busca-se verificar se a prática das audiências públicas seria capaz de fundamentar divergências teóricas em relação aquilo que se chamou de mecanismos tradicionais de participações sociais. Para tanto, exemplifica-se com os resultados das análises de quatro ações judiciais no controle concentrado de constitucionalidade, quais sejam: a ADI n. 3510/DF, a ADPF n. 101/DF, a ADPF n. 54/DF e a ADPF n. 186/DF, que serão apresentados nessa ordem.

A audiência pública que inaugurou essa prática no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro foi realizada no bojo da ADI n. 3510/DF, nesse ato “foram ouvidos 11 (50%) especialistas a favor das pesquisas com células-tronco e 11 (50%) contra, quanto ao gênero estavam representados por 11 homens e 11 mulheres”. No entanto, registrou-se a tradicional exclusão da região Norte do país, a tradicional sub-representação das regiões Centro-Oeste e Nordeste e a tradicional sobre representação da região Sudeste, isso evidencia que a ideia de participação levada a cabo por essa audiência pública é determinada ou influenciada por aspectos geográficos e preferências pessoais.

Numericamente, “77% dos especialistas pertenciam ao Sudeste, seguido de 14% do Centro-Oeste, 5% do Sul e 5% do Nordeste. Não houve representantes da região Norte”, acrescenta-se que, “na distribuição por estados é possível verificar que dos 23 entes da Federação, apenas 5 estavam representados, o que corresponde a 22% de todo o território nacional”.³⁷

35 OLIVEIRA, 2018b, p. 165.

36 OLIVEIRA, 2018b, p. 170.

37 CARVALHO, 2011, p. 59.

Cabe ressaltar a existência de desequilíbrio dentro da própria sobre representação, isso é, há uma hiper-representação na sobre representação, pois “59% dos participantes possuíam vínculo identificado com alguma Instituição de Ensino Superior (IES), enquanto a quase totalidade era de especialistas da área biomédica, indicando um predomínio técnico-científico sobre outras áreas do saber”.³⁸ Pondera-se, no entanto, que as especificidades da matéria analisada exigiam um reforço nessa área do conhecimento, mas não ao ponto de confundir privilégio com exclusão.

Outro fato a ser observado consiste na “fragilidade da Corte ante à exposição da mídia, ampliada significativamente com o procedimento das audiências públicas, parece ter sido percebida (e sentida) por alguns ministros”.³⁹ Sem dúvidas, a realização de audiência pública aumenta a visibilidade tanto da questão analisada, quanto da Ministra e dos Ministros do STF e de suas participantes e de seus participantes. Disto, não decorre necessariamente, “que através das audiências públicas, ampliam o debate argumentativo, e torna-se, tal como o Parlamento, uma verdadeira ‘Casa do povo’”,⁴⁰ tal qual sustentou o relator.

Na ADPF n. 101/DF, mais uma vez “o caráter da matéria, eminentemente técnico, foi fator determinante para que a Ministra Carmen Lúcia, relatora, proferisse decisão no sentido de realizar audiência pública”.⁴¹ Isso provocará contrastes com a ADPF n. 186/DF a menos que se confira maior elasticidade ao elemento político para abranger toda e qualquer participação externa ao Tribunal, mas não é esse o ponto central retratado, conforme já se disse, o objetivo consiste em identificar aquelas e aqueles que participaram dessa audiência pública.

Vale acrescentar que no momento de realização do ato convocatório “o Regimento Interno do STF ainda não contemplava norma específica a regulamentar a realização de audiências públicas, tendo a relatora estabelecido como norma procedimental”⁴² um conjunto formado por seis regras: a) permissão para que os *amici* admitidos no processo indiquem especialistas para participar do procedimento; b) nesse ato, a instituição deveria consignar a tese a ser defendida; c) a indicação das especialistas ou dos especialistas que seriam ouvidos em audiência;⁴³ d) a audiência pública se inicia com a o arguente pelo prazo de vinte minutos; e) na sequência, obedecida a ordem sorteada, falariam as expositoras e os expositores alternando conforme a tese defendida; e por fim, f) encerrada a

38 CARVALHO, 2011, p. 59.

39 CARVALHO, 2011, p. 63.

40 CARVALHO, 2011, p. 69.

41 CARVALHO, 2011, p. 72.

42 CARVALHO, 2011, p. 72.

43 Na hipótese de não se chegar ao consenso seriam sorteados quatro representantes para cada grupo (pró e contra a ADPF). CARVALHO, 2011, p. 73.

apresentação, pronuncia-se o Procurador-Geral pelo prazo de vinte minutos.⁴⁴ A liberdade conferida à relatora ou ao relator do processo revela-se particularmente problemática, porque, na prática, trata-se de uma força que poderá significar tanto uma atuação “progressista”, quanto “conservadora”.

Identificada não apenas nos procedimentos de realização das audiências públicas, mas igualmente em termos de seleção das expositoras e dos expositores porque dentro desse conjunto não se encontrava qualquer “associação ou instituição que contemple dentre seus objetivos a proteção de interesses da coletividade. Ao contrário, eram importantes empresas da iniciativa privada atuantes no ramo dos pneus, com interesses individuais a serem defendidos”.⁴⁵ Além disso, há divergências sobre a teleologia das audiências públicas já que nessa ocasião entendeu-se que “não se presta ao contraditório”, menos ainda a participação prévia e efetiva, “mas sim à busca dos melhores argumentos”.⁴⁶

Subsiste ainda duas dimensões distintas para a incorporação dos argumentos apresentados durante esse ato instrutório. Identifica-se um esforço positivo no sentido de realizar a “análise dos argumentos não jurídicos” acompanhados da tradução “para a linguagem jurídica, revestida de caráter jurídico, possibilitando a conclusão racional de que só há uma resposta jurídica cabível e conforme a Constituição Federal”⁴⁷ de 1988. Por outro lado, a reiteração dos “argumentos postos em audiência” pública “em outros momentos processuais, prejudicando, em alguma medida, a identificação do quanto os argumentos apresentados especificamente em audiência pública foram considerados, uma vez que também constaram de outros instrumentos”.⁴⁸

Na ADPF n. 54/DF, “o rito não possibilitou qualquer tipo de intervenção ao longo das exposições, impõe-se o questionamento quanto ao valor agregado pelas audiências públicas onde não é possível o debate ou a abertura para perguntas por parte dos ministros”.⁴⁹ Essa postura reforça o caráter instrumental e expositivo conferido as audiências públicas até agora, mas não parece estar na ordem de prioridades tendo em vista que o Procurador-Geral da República solicitou sua realização em maio de 2005, “não obstante a importância do tema, somente em julho de 2008, o Ministro Marco Aurélio exarou despacho convocatório determinando, em definitivo, a realização de audiência pública”.⁵⁰

Registra-se que a discricionariedade judicial ocorre em variados momentos no *iter* processual, nesse caso antes e durante a realização da audiência ten-

44 CARVALHO, 2011, p. 72-73.

45 CARVALHO, 2011, p. 74.

46 CARVALHO, 2011, p. 74.

47 CARVALHO, 2011, p. 78.

48 CARVALHO, 2011, p. 78.

49 CARVALHO, 2011, p. 82.

50 CARVALHO, 2011, p. 86.

do em vista que primeiro o “Ministro relacionou aquelas entidades no rol dos que deveriam ser ouvidos”⁵¹ e depois mediante sua solicitação, “que presidia a audiência, foi ouvida a Sra. Michelle Almeida, que não estava previamente inscrita, embora alguns de seus relatos constassem da apresentação conduzida pela antropóloga Lia Machado”.⁵²

Houve também uma relativa concentração entre determinadas áreas e conhecimento, isso porque as “Ciências Biomédicas, 18 (62,1%); Ciências Humanas, 8 (27,6%); Ciências Exatas, 1 (3,4%); não declarado, 2 (6,8%). O predomínio técnico-científico que se verifica entre os participantes talvez derive da natureza da questão”.⁵³ Essa desproporção não é registrada apenas em relação aos conhecimentos científicos, mas também na oportunidade de manifestação dentro desse espaço privilegiado de atuação, cujo “objetivo da audiência pública não era o debate, evitando o contraditório. Ainda assim, tamanha desproporção entre o espaço conferido a cada uma das teses merece reflexão quanto à maneira como a audiência foi conduzida”.⁵⁴

Por fim, a audiência pública realizada na ADPF n. 186/DF destoa em parte do quadro narrado até agora, pois inova ao realizar a abertura para os interessados na temática ao mesmo tempo em que convoca sete instituições e autoridades estatais além do Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, quer dizer, “foi aberta a possibilidade de participação a qualquer interessado com experiência e autoridade na matéria, mediante inscrição prévia” e expedida convocação para o Presidente do Congresso Nacional, o Procurador-Geral da República, o Advogado-Geral da União, o Ministério da Educação, a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, a Secretaria Especial de Direitos Humanos e o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada”.⁵⁵

Essa audiência pública marcou a tentativa ou o “início do contraditório entre os defensores da tese de constitucionalidade e os defensores da tese de inconstitucionalidade das políticas de reserva de vaga como ação afirmativa de acesso ao ensino superior (5 defensores para cada uma das teses)”.⁵⁶ Com isso, esse mecanismo passa a ocupar também um espaço político dentro do Tribunal não apenas restrito ao conhecimento técnico e científico. Cabe considerar que a base teórica das audiências públicas “é aplicada de forma seletiva também na escolha dos atores legitimados a participar do procedimento, uma vez que a escolha se dá por critérios subjetivos, que não permitem assegurar a igualdade entre os participantes”.⁵⁷

51 CARVALHO, 2011, p. 86.

52 CARVALHO, 2011, p. 89.

53 CARVALHO, 2011, p. 89.

54 CARVALHO, 2011, p. 90.

55 CARVALHO, 2011, p. 103.

56 CARVALHO, 2011, p. 105.

57 CARVALHO, 2011, p. 107.

Há, sem dúvidas, um potencial democrático latente que sucumbe diante do baixo índice de institucionalidade no STF, ou seja, a flexibilidade e a variabilidade dos procedimentos internos das audiências públicas buscam oportunizar adequação a multiplicidade de questões analisadas, mas, na prática, esse mecanismo é colocado à mercê das opiniões pessoais da relatora ou do relator do processo judicial. Longe de representarem a “panaceia” ou o “elixir” para sanar todas as dúvidas que recaem sobre o controle concentrado de constitucionalidade as “audiências públicas e admissão de *amici curiae* como instrumentos para sua abertura à sociedade” em potência representam o prelúdio de “práticas dialógicas jurisdicionais”.⁵⁸

Nessa tônica, além das evidências fornecidas pelos registros documentais das participações sociais nesse ambiente cabe colocar em questão alguns de seus impactos, proposta que busca criticar essas atuações e as excessivas esperanças creditadas em sua conta, sem, no entanto, desconsiderar ou romper com suas contribuições. Essas ideias serão desenvolvidas na próxima seção.

4. IMPACTOS EM PERSPECTIVA DOS MECANISMOS TRADICIONAIS

As dúvidas que se levantam nessa seção são endereçadas não apenas aos impactos provocados pelas atuações dos mecanismos tradicionais das participações sociais na atuação das Ministras e dos Ministros do STF, mas colocá-los em perspectiva proporciona a identificação não apenas das insuficiências dos resultados apresentados. Pelas evidências reunidas anteriormente se infere que até mesmo nos mecanismos tradicionais não há identidade entre aquelas e aqueles que participam do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro.

Por isso, não há como sustentar um posicionamento estratégico em relação a um determinado grupo em detrimento dos demais, mas pelas circunstâncias que compõem cada matéria constitucional levada à apreciação da Ministra e dos Ministros existem indícios de que as pessoas naturais e jurídicas que integram esses mecanismos atendem aos interesses imediatos da relatora ou do relator do processo judicial. Aquilo que se compreende por interesses imediatos não necessariamente possui um valor negativo intrínseco ou contrário às finalidades republicanas, mas esses interesses privilegiam a necessidade e as interpretações pessoais em detrimento das finalidades informacionais e democráticas.

Igualmente existem dificuldades de interpretá-los enquanto ato objetivo, tendo em vista que não há unidade programática entre aquelas e aqueles que participam. Para mensurar os significados empregados pela institucionali-

58 Cf. especificamente o terceiro capítulo: “Práticas dialógicas jurisdicionais e político-democráticas: limites e possibilidades” GODOY, 2015, p. 187-230.

zação das participações sociais seria necessário identificar os padrões decisórios adotados pelo STF, tarefa de difícil realização tendo em vista a variedade de comportamentos pessoais que compõem o repertório. Fenômeno explicado, em parte, pela existência de espaços ampliados para a atuação individual de sua Ministra e de seus Ministros, mas também em razão dos baixos níveis de participação nos estágios que compõem o itinerário decisório.

Isso revela algumas contradições. Em certo sentido, ao lado da expansão do Judiciário registrou-se também o aumento das participações de determinadas parcelas da sociedade civil nesse ambiente. Além disso, no processo de redemocratização ou de transição da ditadura civil-militar brasileira para o atual regime as participações sociais e a atuação judicial foram articuladas de modo desigual. O desenho constitucional de 1988 ao optar por um extenso rol de direitos e de garantias fundamentais apresentados sob a forma de direitos sociais, políticos, econômicos, ambientais, entre outros, prescreveu a tutela judicial para assegurar esses direitos no caso de ameaça ou lesão. Esse estímulo se verifica também na frequência e nos tipos de demandas apreciadas nas ações do controle concentrado de constitucionalidade.

Ampliar o espaço das participações sociais envolve romper com a “cultura jurídica” que endossa determinadas posturas e práticas judiciais, implica repensar os processos para a tomada de decisões e seus reflexos institucionais. Realocar a interpretação constitucional enquanto atividade coletiva permeada pelas participações da sociedade civil para dimensionar seus sentidos e alcances revela-se um intento pouco promissor para os mecanismos tradicionais que no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro que se encontram subordinados ao interesse ou ao convencimento pessoal da relatora ou relator.

Existem diferenciações entre as expectativas alimentadas em torno das participações sociais e a forma como estão materializadas nas práticas judiciais. Apesar de a distinção entre ambas ser uma tarefa complexa parece ser uma das ferramentas disponíveis para destacar as preferências envolvidas de antemão. Com a apresentação do lastro documental procurou demonstrar como a Ministra e os Ministros do STF operam na prática o direito à participação, isso é, consiste em entender como a intervenção dita social reage no controle de constitucionalidade brasileiro.

Assim, identificar algumas limitações de cunho formal ou procedimental que os mecanismos tradicionais estão inseridos. Parcela expressiva das dificuldades estruturais identificadas nos tradicionais mecanismos de participações sociais se deve ao fato de que as admissões e as convocações realizadas são seletivas e setorizadas, os espaços de argumentação são restritos e submetidos à rigidez dos procedimentos institucionalizados que não levam em conta a multiplicidade da sociedade civil brasileira. Dentro dessa ordem de ideias afirmar que os *amici curiae* e as “audiências públicas não são capazes de aumentar a partici-

pação social e representar um campo deliberativo eficaz como se pretende, mas somente de mascarar a reprodução de poder e de injustiça”.⁵⁹

Por estes mecanismos estarem circunscritos as relações de poder desigualmente distribuídas (re)produzem essas mesmas relações propagando assimetricamente as oportunidades de participação para aquelas e aqueles que são direta ou indiretamente afetados pela norma constitucional. Compromete não apenas as participações sociais efetivas - à proporção que se escolhe sem maiores interferências quem e de qual maneira participam desses mecanismos tradicionais - mas também impedem a “transparência e legitimidade das decisões” judiciais por intermédio do “*accountability* social”.⁶⁰ Revela-se contraditório, para dizer o mínimo, cogitar uma responsabilização social e apoiar-se apenas e tão somente nos mecanismos tradicionais de participação social.

Embora seja possível sustentar até certo ponto uma espécie de “deferência” em relação às participações da sociedade civil seja pela admissão dos *amici*, seja pela realização de audiência pública possuem um grau reduzido de influência nas decisões do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. O poder de selecionar as participantes e os participantes, de prescrever os trâmites processuais, a inviabilidade prática do manejo de recurso judicial contra decisões da relatora ou do relator, enfim o poder de “escolher e selecionar aquelas que se farão ouvir. Esse poder do Ministro Relator pode, por outro lado, também impossibilitar, restringir e até mesmo enviesar o debate”.⁶¹

Ao que tudo indica, o aumento da legitimidade democrática do STF não remete direta e primordialmente às intervenções dos *amici* ou das participações em audiências públicas, mas resta saber se o “povo” se insere nesses mecanismos tradicionais. Principalmente, porque se trata de “um diálogo no qual os atores são eminentemente agentes públicos (juízes e legisladores)”,⁶² cuja legitimação ocorre por vias procedimentais ou de representação com todas as problemáticas que isso envolve. Logo, as perspectivas que impactam os mecanismos tradicionais de participações sociais são aquelas que remetem a “interdisciplinarização das decisões do tribunal, informando os juízes de assuntos que fogem da seara jurídica do que como forma de deliberação política”.⁶³

Uma das consequências que se extrai reforça as práticas desses mecanismos tradicionais perpassa por uma reforma regimental ou até mesmo “legislativa no sentido de dispor sobre parâmetros mínimos”⁶⁴ capazes de diminuir os espaços de discricionariedade judicial. Dobrar as apostas nesses mecanismos

59 BORGES; CORREA; PINHÃO, 2019, p. 46.

60 GODOY, 2012, p. 235-238.

61 GODOY, 2015, p. 203.

62 GODOY, 2015, p. 184.

63 BORGES; CORREA; PINHÃO, 2019, p. 42.

64 BORGES; CORREA; PINHÃO, 2019, p. 38.

sem antes realizar alguma tentativa de correção parece contribuir mais para o problema do que para a solução, à medida que aumentam a frequência numérica desses mecanismos majora-se a “supremacia judicial” inviabilizando por completo qualquer possibilidade de participação mais pluralista.

No mesmo sentido, uma “argumentação coletiva”⁶⁵ ancorada na transparência horizontal e no controle democrático do exercício do poder encontra-se “ligada à própria ideia de Estado de direito: não deve haver decisão de autoridade alguma que não seja racionalmente motivada”. Daí recuperar a hipótese apresentada, ou seja, “outros meios de participação direta do cidadão na jurisdição”⁶⁶ constitucional. Tais construções, no entanto, possuem significado ambíguo ao permitirem tanto as participações diretas de um maior número de pessoas no processo decisório, como também trazerem para o STF maior quantidade de conflitos a serem examinados. Potencialmente aumentam-se as chances de que uma parcela expressiva da população se sinta contemplada pelo conteúdo da decisão judicial.⁶⁷

5. SOBRE AS PARTICIPAÇÕES SOCIAIS E SEUS PARTICIPANTES

As intervenções dos *amici* encontram lugar na “relevância da matéria” e também na “representatividade dos postulantes” para “a manifestação de outros órgãos ou entidades” no processo judicial, sempre a critério da relatora ou do relator que se manifesta “por despacho irrecorrível”.⁶⁸ Já, as audiências públicas buscam elucidar “matéria ou circunstância de fato” sobre as quais recaiam “notória insuficiência das informações existentes nos autos”, convocada a critério da relatora ou do relator do processo⁶⁹ e atualmente também pela Presidenta ou pelo Presidente do STF,⁷⁰ tendo em vista que “ordenar e dirigir o processo”⁷¹ insere-se dentre as atribuições da relatora ou do relator.

Volta e meia aparece o argumento de que o “Judiciário deve tomar suas decisões em diálogo com a esfera pública”⁷² e, para tanto, sugerem as propostas das participações sociais realizadas pelos *amici curiae* e pelas audiências públicas. No entanto, “os *amici curiae* estariam mais afetos a defesa de seus interesses jurídicos, os demais participantes de audiência pública estariam mais próximos do autêntico ‘amigo da Corte’ [*sic*], atuando como meros informantes do juízo”.⁷³ Cabe considerar os espaços construídos pelos *amici* e pelas audiências

65 RODRIGUEZ, 2013, p. 89.

66 RODRIGUEZ, 2013, p. 92.

67 RODRIGUEZ, 2013, p. 98.

68 Cf. art. 7º, Lei n. 9.868/1999.

69 Cf. art. 9º, Lei n. 9.868/1999.

70 Cf. art. 13, XVII e XVIII, Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

71 Cf. art. 21, I, Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

72 SOUZA NETO, 2012, p. 383.

73 CARVALHO, 2011, p. 56.

públicas no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro enquanto mecanismos tradicionais de participações sociais não necessariamente em virtude de sua antiguidade, mas devido à recorrência com que esses mecanismos aparecem nesse ambiente. Destarte, o tradicional remete mais à resposta oferecida para a ilegitimidade do exercício do controle judicial de constitucionalidade do que aos *amici* ou às audiências públicas.

Isso direciona as visões para os reconhecimentos teóricos e normativos sobre as participações sociais dentro dos recortes metodológicos propostos; na sequência, exige apontar algumas evidências, perspectivas e impactos desses mecanismos tradicionais na atuação da Ministra e dos Ministros do STF. Desse ponto em diante, será possível identificar a justificativa da hipótese apresentada que pretende se distanciar das respostas que restringem os espaços das participações da sociedade civil no controle concentrado de constitucionalidade aos mecanismos tradicionais.

Insistir em tais propostas nada mais é senão reforçar os obstáculos para as participações sociais na hermenêutica constitucional. Logo, restringir as participações sociais aos ditos mecanismos tradicionais implica renunciar às possibilidades de que a democracia se desenvolva de forma pluralista e abrir mão das condições de possibilidade para a construção ou para o surgimento de diversas e diversos “sujeitos constitucionais” partícipes das atividades interpretativas. A primeira restrição refere-se ao modelo de democracia dualista que consiste na distinção entre duas diferentes decisões realizadas numa democracia.

A primeira decisão, diz respeito as opções realizadas pelo povo; a segunda, por seus governantes,⁷⁴ consequentemente, tem-se uma constituição dualista tanto em termos de definição do *design* institucional, quanto em termos de legitimidade democrática dos procedimentos de tomada de decisão, a depender de como o povo se insere nesse contexto. De certa forma, essas ideias também se fazem presentes na concepção de direito constitucional enquanto um direito político capaz de sustentar possibilidades para que as pessoas atuem politicamente. Assim, a constituição possui o condão de expressar aquilo que “somos enquanto nação”,⁷⁵ cuja interação democrática baseia-se em distintos modelos de conversações entre o Judiciário, o Executivo, o Legislativo e o povo⁷⁶ ou mais precisamente na “interação entre os poderes, instituições e povo”.⁷⁷

A segunda forma de limitação provocada pelos mecanismos tradicionais de participações sociais remete às dificuldades de construção da “identidade do sujeito constitucional”. Nas discussões acerca da participação social existe a possibilidade de “reinventar a tradição por meio da interpretação constitucio-

74 ACKERMAN, 1991, p. 06.

75 No original: “[the] Constitution expresses who we are as a nation.” TUSHNET, 2006, p. 996.

76 TUSHNET, 2006, p. 998.

77 GODOY, 2015, p. 240.

nal”,⁷⁸ dessa forma, a tônica reside na possibilidade de construção das sujeitas e dos sujeitos com a formação de um *ethos* que contemple uma espécie de identidade constitucional de pelo menos três modos diferentes.

Enquanto constituinte (*constitution-maker* ou *pouvoir constituant*) é formado pelo conjunto de pessoas que possuem força e vitalidade suficiente para instaurar uma ordem constitucional, rompendo ou superando a ordem pretérita. Ao passo que a “coletividade fundante da constituição” assume o papel de destinatária e fonte que emana a soberania popular. Por último, o sujeito constitucional exerce também a função de “intérprete, elaborador e guardião da constituição”,⁷⁹ essa última proposta teórica carece, no entanto, de mecanismos para implementar a atuação social conjunta com as instituições jurídico-políticas.

Não basta referenciar o “núcleo institucional” da sociedade civil, ou seja, a existência de um conjunto “formado por associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida”.⁸⁰ Embora forneça uma compreensão geral sobre o tema das participações sociais revela-se insuficiente para atender as exigências ético-jurídicas do exercício do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro.

Enquanto não se conhecer as atrizes e os atores sociais e os espaços destinados as participações o argumento de legitimidade democrática conferida pela via procedimental ao controle concentrado de constitucionalidade assume função meramente performativa, quer dizer, compõe apenas a estética de uma democracia participativa. O contato institucional com a pluralidade social precisa ser objeto de avaliações rigorosas e propositivas para identificar se e em que medida acontece a ampliação interpretativa entre as instituições estatais e o “povo”. Por outras palavras, identificar quais são os grupos de interesse e as formas de atuação no espaço institucionalizado de interpretação constitucional revela-se tarefa primordial para mensurar os impactos (positivos e negativos) das participações sociais na tomada de decisão da Ministra e dos Ministros do STF em determinadas matérias constitucionais.

Ao que parece, os mecanismos tradicionais de participações sociais sugerem uma mescla de representações corporativas com interesses e práticas contrárias e até mesmo contraditórias com as ideias comumente apresentadas. Reproduzem as relações sociais de poder desigualmente distribuídas no lugar de oferecerem uma explicação adequada para a questão da legitimidade demo-

78 Cf. Chapter 3 - Reinventing tradition through constitutional interpretation: the case of unenumerated rights in the United States. ROSENFELD, 2010, p. 73-126.

79 No original: “[the] subject as constitution-maker or as *pouvoir constituant*; the subject as the collectivity that is bound by the constitution; and the subject as interpreter, elaborator and custodian of the constitution.” ROSENFELD, 2010, p. 26.

80 HABERMAS, 1997, p. 99.

crática, muitas das vezes iniciam e terminam de compreensões de democracia formal ou procedimental. Sem dúvida, a intervenção processual configura um importante avanço, contudo não contempla todas as dimensões sobre o papel da sociedade civil no controle concentrado de constitucionalidade.

De outro lado, a constituição que possibilita a construção da identidade política é aquela que além do tratamento normativo atribuído as participações sociais potencializam as atuações de sujeitas e de sujeitos politicamente ativos. Sob a égide de constituições abertas, regidas pela pluralidade e pela busca da legitimidade democrática, os “tribunais constitucionais tomam, em geral, a feição de corpos político-jurídicos que se inclinam mais aos valores da sociedade e às garantias de proteção dos direitos fundamentais”.⁸¹ Auxiliam na formação de um quadro normativo e teórico de abertura para horizontes de transformação social, para reconfigurações institucionais, para questionar as autoridades públicas, para estimular a autonomia coletiva pré-existente, dentre outras possibilidades.

Aos *amici curiae* e as audiências públicas comumente se atribuí as funções de interação entre a sociedade civil e os tribunais constitucionais e de aumentar a legitimidade democrática das decisões judiciais; embora os resultados apresentem muitas variações. Exatamente nesse ponto, reside a crítica oferecida por esse artigo, todavia não se desconsidera o percurso trilhado pelos mecanismos tradicionais também não superestima suas atuações e impactos.

CONCLUSÃO

Este artigo investigou se no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro as participações sociais estariam restritas às intervenções dos *amici curiae* e das audiências públicas. Procurou-se fundamentar a necessidade e a possibilidade de mecanismos para além das cercanias tradicionais nesse ambiente.

Na primeira seção, narrou-se o quadro teórico que indica um superdimensionamento do Judiciário em relação as demais funções, fato que depõe contrariamente às ideias de separação e de contrapesos exercidos reciprocamente pelas funções dentro do Estado de direito democrático. Dentre outros fatores relevantes tem-se na prática do controle judicial de constitucionalidade um dos principais veículos de manifestação desse fenômeno.

Especificamente no controle judicial abstrato ou concentrado reuniram-se esforços de entender como as participações sociais se inserem nesse espaço. Comprometendo-se com dois pressupostos: o primeiro relacionado ao posicionamento institucional e o segundo ligado à hermenêutica constitucional, isso

81 BONAVIDES, 2008, p. 337.

é, o STF é mais um agente institucional inserido na democracia brasileira, nem acima, nem abaixo, nem fora do Estado democrático de direito.

A proposta que se sobressai remete aos institutos jurídico-políticos dos *amici curiae* e das audiências públicas enquanto mecanismos democratizantes e legitimatórios do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. Essas afirmações foram verificadas dentro de algumas práticas jurisdicionais das Ministras e dos Ministros do STF e se deparou com dificuldades de constatação dessas “expectativas elevadas”, isso porque foram diagnosticados alguns bloqueios condensados basicamente na carga decisória acompanhada da discricionariedade quanto à admissão, procedimentos e finalidades desses mecanismos tradicionais.

A seletividade acompanhada de subjetividade (de)forma um quadro que reduz as participações sociais às instituições estatais deixando de lado ou ocupando papel secundário o “povo” e suas instituições sociais. Desse modo, não há como validamente reforçar a proposta de que quanto maior for o número de *amici* admitidos ou de audiências públicas realizadas mais democrático e legítimo será o controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. A começar pelas oportunidades de acesso a esses mecanismos tradicionais que não estão minimamente disponíveis para as interessadas e para os interessados.

Contudo, não se cogita o abandono desses mecanismos tradicionais, já que lograram certo êxito de inserção no ambiente institucional do STF, mas ainda estão longe de realizarem a democratização pretendida. Nessa jornada, os *amici* e as audiências são necessárias, porém insuficientes. O atual cenário revela-se ainda mais problemático, visto que esses mecanismos tradicionais podem ser utilizados performativamente ou apenas com caráter confirmatório de decisões pessoais travestidas sobre “conhecimento e autoridade na matéria” ou ainda na (im)possibilidade de realizar o contraditório durante a realização da audiência.

Diante desse repertório movimentado percebe-se que a ideia de participações sociais precisa de reinvenção em outros espaços, outras dimensões, mas também com outras dificuldades e limitações. Definitivamente essas tarefas não podem ser atribuídas exclusivamente aos mecanismos tradicionais de participações sociais também não há como prescindir do percurso construído. Assim, as ideias apresentadas são importantes para abrir caminhos para a construção de outros mecanismos de participação social para além dos limites tradicionais.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *We the people: foundations*. Harvard: Harvard University Press, 1991, v. 01.

ALBUQUERQUE, Leonidas Cabral. Ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade como instrumentos de defesa dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 63, jul./dez. 2013, p. 435-454.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência: por uma nova hermenêutica: por uma repolitização da legitimidade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BORGES, Alexandre Walmott; CORREA, Andrey Lucas Macedo; PINHÃO, Karina Guimarães. A democracia nas audiências públicas em controle de constitucionalidade concentrado no Brasil. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 22, n. 09, jan./abr. 2019, p. 29-49.

BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 nov. 1999.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal [atualizado até a Emenda Regimental n. 58/2022]*. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 2.797/DF. Relator Sepúlveda Pertence. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 15 set. 2005, [n.p.].

CARVALHO, Flávia Martins de. *Audiências públicas no Supremo Tribunal Federal: uma alternativa democrática?* Orientadora: Margarida Maria Lacombe Camargo. 2011. 117 f. Dissertação (Mestrado em direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. Orientadora: Vera Karam de Chueiri. 2015. 266 f. Tese (Doutorado em direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 01 (Biblioteca tempo universitário, 102).

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. The Federalist. Edited with introduction and historical commentary by J. R. Pole. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2005.

HÄBERLE, Peter. La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales una contribución para la interpretación pluralista y “procesal” de la constitución. Traducción Xabier Arzoz Santisteban. Contextos, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, n. 05, abr. 2013, p. 63-88.

LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta; JOHANN, Rodrigo F. As audiências públicas no Supremo Tribunal Federal nos modelos Gilmar Mendes e Luiz Fux: a legitimação técnica e o papel do cientista no laboratório de precedentes. In: MARQUES, Gabriel Lima; VALLE, Vanice Regina Lírio do; VIEIRA, José Ribas. (Orgs.). Democracia e suas instituições: fórum de grupos de pesquisa em direito constitucional e teoria do direito. Rio de Janeiro: Imo's, 2014, p. 181-209.

OLIVEIRA, Wagner Vinícius de. *Amici curiae* e legitimidade: sobre as participações das instituições religiosas no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. Orientador: Alexandre Walmott Borges. Coorientador: Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes. 2018. 162 f. Dissertação (Mestrado em direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2018a.

OLIVEIRA, Wagner Vinícius. Os *amici curiae* na experiência constitucional brasileira: da pluralidade à participação social. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; GOMES, David Francisco Lopes; RIBEIRO, Deivide Júlio. (Orgs.). 1988-2018: o que constituímos? Homenagem a Menelick de Carvalho Netto nos 30 anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: Initia Via, 2018b, p. 157-173.

ROSENFELD, Michel. The Identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community. New York: Routledge, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Controle judicial de constitucionalidade (legitimidade política). In: DIMOULIS, Dimitri (Coord.). Dicionário brasileiro de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 381-385.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. Judicialization and the future of politics and policy. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Eds.). The global expansion of judicial power. New York: New York University Press, 1995, p. 515-528.

TAVARES, André Ramos. Controle judicial de constitucionalidade (espécies). *In*: DIMOULIS, Dimitri (Coord.). Dicionário brasileiro de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 370-374.

TUSHNET, Mark. Popular constitutionalism as political law. *Chicago-Kent Law Review*, Chicago, v. 81, 2006, p. 991-1.006.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

Recebido em: 04/02/2025

Aprovado em: 23/06/2026

TRADUÇÕES /
TRANSLATIONS

ADVOGADOS DE ESTADOS PERANTE CORTES E TRIBUNAIS INTERNACIONAIS: PAPEL E DEVERES¹

COUNSEL ASSISTING STATES BEFORE INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS: ROLE AND DUTIES

PAOLO PALCHETTI²

1. INTRODUÇÃO

Esta contribuição consiste no texto das duas conferências que proferi na Escola de Verão de Direito Internacional Público, em Moscou, nos dias 12 e 13 de agosto de 2025.³ O tema sobre o qual fui convidado a ministrar esse curso foi o trabalho dos advogados⁴ de Estados na solução jurisdicional internacional de controvérsias. Esse tema pode ser abordado através de diferentes ângulos. Pode-se concentrar a atenção, *inter alia*, nas tarefas dos advogados⁵, nas diferentes tradições nacionais de atuação forense⁶ ou nas estratégias contenciosas⁷. Estas duas conferências adotam outra perspectiva: elas se concentram no marco normativo que rege a atividade dos advogados: quais regras de direito internacional e quais padrões profissionais de conduta se aplicam aos advogados que atuam em nome de um Estado perante uma corte ou tribunal internacional?

A primeira conferência examina a relação entre o advogado e o Estado em nome do qual ele atua. Ela aborda três questões: quais requisitos, se existem, devem ser preenchidos para que alguém seja nomeado advogado de um Estado; quais interesses se espera que o advogado represente ao atuar em nome de um

1 O texto ‘*Counsel Assisting States before International Courts and Tribunals: Role and Duties*’ publicado em 2026 pelo International and Comparative Law Research Center, da Rússia, foi traduzido à língua portuguesa por Lucas Carlos Lima. *This publication is a Portuguese translation of lectures originally delivered in English as part of the Summer School on Publica International Law, organized by the International and Comparative Law Research Center (Moscow, Russian Federation).*

2 Professor de Direito Internacional da Université de Paris I Panthéon Sorbonne. Atuou como advogado em diferentes casos perante a Corte Internacional de Justiça.

3 Agradeço à equipe do International and Comparative Law Research Center pelo apoio na preparação das conferências, e ao juiz Roman Kolodkin pelo convite em nome do Centro.

4 Embora a versão inglesa e francesa do Estatuto refira-se a “*Counsel*” ou “*Conseil*”, preferiu-se a tradução por “Advogado” em virtude da proximidade com a tradição jurídica brasileira. (N.d.T).

5 Ver S. Wordsworth KC and K. Parlett, ‘Effective Advocacy at the ICJ’, in C. Esposito and K. Parlett (eds), *The Cambridge Companion to the International Court of Justice* (CUP, 2023), pp. 277-300.

6 Ver J. Crawford, A. Pellet, C. Redgwell, ‘Anglo-American and Continental Tradition in Advocacy before International Courts and Tribunals’, *Cambridge Journal of International and Comparative Law* 4 (2023), pp. 715-737.

7 A. Pellet and T. Barsac, ‘Litigation Strategy’, in H. Ruiz-Fabri (ed.), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law* (OUP, 2019).

Estado; e que efeitos jurídicos se vinculam às declarações feitas pelo advogado em nome do Estado em processos perante cortes internacionais.

A segunda conferência concentra-se na relação entre o advogado e a corte. Os advogados não têm apenas deveres profissionais para com seus clientes. Espera-se também que contribuam para a boa administração da justiça mediante o cumprimento de diversos deveres profissionais perante a corte. A dificuldade reside sobretudo em identificar esses deveres. No âmbito nacional, os códigos deontológicos de conduta fornecem resposta. Em contraste, no que diz respeito às cortes internacionais, que tratam de controvérsias interestatais, esses códigos em geral não existem. Surgem, portanto, várias questões: há necessidade de códigos deontológicos de conduta para os advogados que atuam perante cortes e tribunais internacionais incumbidos de controvérsias interestatais? Quem poderia, eventualmente, adotar esses códigos? Como assegurar o cumprimento desses padrões éticos de conduta?

Cabem duas observações preliminares. Em primeiro lugar, as conferências examinarão não apenas as regras aplicáveis às pessoas que atuam como advogados, mas também aquelas relativas aos agentes do Estado. Embora o papel e os poderes do agente sejam claramente distintos daqueles dos advogados, estender a análise aos agentes permitirá uma visão mais completa do direito que rege a representação de um Estado perante tribunais internacionais.

Em segundo lugar, as conferências se concentram no direito e na prática de dois tribunais internacionais: a Corte Internacional de Justiça (CIJ ou a Corte) e o Tribunal Internacional do Direito do Mar (TIDM ou o Tribunal). Como se sabe, as regras processuais que regem a atividade dessas duas cortes, inclusive as questões relativas à representação das partes, são bastante semelhantes. Há, portanto, uma boa razão para examiná-las em conjunto. Ao mesmo tempo, parece preferível restringir a elas a análise que se segue. O fato de as cortes e os tribunais internacionais diferirem consideravelmente entre si recomenda cautela ao avaliar se as considerações formuladas a respeito de um tribunal podem ser estendidas a outros.⁸

2. A RELAÇÃO ENTRE O ADVOGADO E O ESTADO

Esta seção examina três questões relativas à relação entre os agentes e advogados e o Estado que os nomeia: a) as condições que devem ser satisfeitas para que alguém seja nomeado agente ou advogado; b) os interesses que se espera que agentes e advogados protejam; e c) os possíveis efeitos jurídicos vinculados às declarações feitas por agentes ou advogados perante um tribunal internacional.

8 Nesse sentido, ver também J. Crawford, 'The International Law Bar: Essence Before Existence?', in *The European Society of International Law Conference Paper Series*, N° 11/2013, pp. 1-12.

A) AS CONDIÇÕES PARA A NOMEAÇÃO COMO AGENTE OU ADVOGADO

Em 1915, Dionisio Anzilotti observou: “*Naturalmente ogni Stato provvede come vuole alla tutela dei propri interessi nel contraddittorio*” (“Naturalmente, cada Estado organiza como deseja a proteção dos próprios interesses em um processo contraditório”).⁹ Mais de um século depois, a observação de Anzilotti continua correta em grande medida. Em uma sentença proferida em 2016, o TIDM reconheceu que, “de acordo com o direito internacional, cabe a cada Estado determinar as pessoas, inclusive particulares, que representam o Estado ou estão autorizadas a agir em seu nome nas relações com outros Estados, organizações internacionais e instituições internacionais, incluindo cortes e tribunais internacionais”.¹⁰ Nessa matéria, o direito internacional parece reconhecer uma espécie de *domaine réservé* dos Estados. Isso não exclui a possibilidade de derrogações à regra geral. Como observou o TIDM, ainda, a liberdade de escolha do Estado “não prejudica os regimes convencionais específicos ou outras regras sobre representação estatal que possam ser aplicáveis”.¹¹ A regra geral, contudo, permanece em grande medida inalterada pelos regimes convencionais que regem a atividade da CIJ ou do TIDM.

O Estatuto da CIJ contém uma disposição que trata especificamente da representação das partes. O artigo 42, parágrafo 1, estabelece que “as partes serão representadas por agentes”; o artigo 42, parágrafo 2, acrescenta que as partes “poderão ser assistidas perante a Corte por consultores ou advogados”. Essa disposição apenas descreve, de maneira lacônica, as funções que se espera que agentes e advogados desempenhem. Ao “representar” o Estado, o agente é a pessoa que toma decisões em nome deste a respeito do processo, recebe as comunicações da Corte e, como se verá, tem autoridade para fazer declarações que vinculam o Estado que o nomeou.¹² Com efeito, o artigo 40 do Regulamento deixa claro que “todas as providências em nome das partes, após a instauração do processo, serão tomadas pelos agentes” e que “as comunicações dirigidas aos agentes das partes serão consideradas como dirigidas às próprias partes”. A importância do papel do agente para a condução ordenada do processo é demonstrada pelo fato de que seu nome deve constar da petição inicial.¹³

9 D. Anzilotti, *Corso di diritto internazionale* vol. III (Athenaeum, 1915), p. 109. Encontrei essa citação em S. Forlati, *The International Court of Justice. An Arbitral Tribunal or a Judicial Body?* (Springer, 2014), p. 53.

10 M/V “Norstar” (Panamá c. Itália), Exceções Preliminares, Sentença de 4 de novembro de 2016, *ITLOS Reports* 2016, p. 44.

11 Ibid. Para um panorama de alguns regimes especiais, ver Crawford, nota 5, pp. 6-12.

12 Sobre as funções dos agentes, ver F. Berman and G. Hernández, ‘Article 42’, in A. Zimmermann and Ch. Tams (eds), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary* (OUP, 3rd ed., 2018), pp. 1205-1209; Forlati, nota 6, pp. 53-56.

13 Artigo 40, parágrafo 3, do Regulamento da Corte.

Ao contrário do agente, o advogado não representa formalmente a parte. Ele apenas a “assiste”, o que consiste essencialmente em contribuir para a elaboração e a apresentação dos argumentos jurídicos em apoio às pretensões do Estado. Nenhuma regra exige que uma parte nomeie advogados para apresentar sua posição.

Nem o artigo 42 nem qualquer outra disposição do Estatuto ou do Regulamento estabelece condições ou qualificações que uma pessoa deve preencher ou possuir para ser nomeada agente ou advogado. Tampouco impõe qualquer limitação ao número de agentes ou advogados que uma parte pode nomear. Ao dispor que “o número de consultores e advogados que serão ouvidos em nome de cada parte será fixado pela Corte”, o artigo 58 do Regulamento alude à possibilidade de a Corte limitar o número de advogados que apresentam argumentos durante a fase oral do processo. Na prática, contudo, a Corte em geral deixa essa questão à discrição das partes.¹⁴

Em última análise, a principal limitação provavelmente decorre do fato de que a pessoa que comparecerá perante a Corte como agente ou advogado deve comunicar-se com ela em uma de suas duas línguas oficiais: francês ou inglês. Em princípio, até mesmo esse requisito pode ser afastado: nos termos do artigo 39, parágrafo 3, do Estatuto, a pedido de uma parte, a Corte pode “autorizar essa parte a utilizar outra língua que não o francês ou o inglês”. Na prática, porém, o uso de uma língua distinta do inglês ou do francês é bastante excepcional. Isso também se deve às dificuldades práticas que o uso de outra língua pode acarretar. O artigo 70 do Regulamento estabelece que, sempre que “for utilizada uma língua distinta do francês ou do inglês, as providências necessárias à interpretação para uma das duas línguas oficiais serão tomadas pela parte interessada”.

B) OS INTERESSES QUE SE ESPERA QUE O ADVOGADO (E O AGENTE) REPRESENTA

A respeito da possibilidade de um Estado nomear um advogado privado como seu agente, o juiz Oda observou certa vez:

Além disso, no presente caso, observo que um Estado que comparece perante a Corte não é representado, na qualidade de agente, por uma pessoa que ocupe um alto cargo no governo, mas por um advogado privado de outro país, altamente desenvolvido. Isso raramente ocorreu na história da Corte e reforça minha impressão de que surge a questão de saber se o caso foi submetido à Corte no interesse do Estado envolvido ou por alguma outra razão.¹⁵

14 Ver Berman and Hernández, nota 9, p. 1210, que, contudo, observam que ‘o poder deve, ainda assim, ser visto como um elemento inerente ao controle da Corte sobre seu próprio processo; o simples fato de o poder existir pode tornar desnecessário seu exercício’.

15 *Atividades Armadas no Território do Congo* (República Democrática do Congo c. Uganda), Medidas Provisórias, Despacho de 1º de julho de 2000, Declaração do Juiz Oda, *ICJ Reports*

Em geral, espera-se que o agente não seja apenas nacional do Estado que o nomeia, mas também pessoa que exerça uma função oficial na estrutura desse Estado. Na maioria das vezes, o consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores é nomeado agente.¹⁶ Como vimos, contudo, nem o Estatuto nem o Regulamento da Corte exigem que o agente seja nacional ou agente público do Estado. De fato, a crítica do juiz Oda não se baseava na falta de qualificação à luz das regras da Corte. Sua preocupação era de outra natureza. Para ele, a verdadeira questão era “saber se o caso foi submetido à Corte no interesse do Estado envolvido”. Em outras palavras, segundo o juiz Oda, o fato de o agente ser “um advogado privado de outro país, altamente desenvolvido” poderia ser considerado indício de que o Estado talvez não tivesse interesse genuíno em que a controvérsia fosse decidida pela Corte. É interessante notar que o juiz Oda convidou a Corte a considerar possíveis remédios contra o risco de “submissão unilateral irrefletida ou ocasional de casos por alguns Estados (que simplesmente pareceriam instigados por advogados privados ambiciosos de certos países desenvolvidos)”.¹⁷ Sugeriu que essas situações poderiam constituir “abuso do direito de instaurar processos perante a Corte”.¹⁸

Seguindo a linha de raciocínio do juiz Oda, pode-se indagar se o status ou a qualificação da pessoa nomeada agente ou advogado é capaz de esclarecer os verdadeiros interesses e motivações subjacentes à participação de um Estado em um caso e se isso pode ter implicações processuais. O restante desta seção examina três situações nas quais, por trás da posição unitária do Estado como parte em um processo perante um tribunal internacional, pode ser identificada uma pluralidade de interesses pertencentes a diferentes atores.

i) INTERAÇÃO ENTRE OS INTERESSES DO ESTADO E OS INTERESSES DE ATORES PRIVADOS

Quando um Estado apresenta uma demanda a um tribunal internacional, espera-se que atue primordialmente para proteger seus próprios interesses. Isso não exclui a possibilidade de que outros atores, inclusive privados, também tenham um interesse envolvido no caso apresentado. O exemplo clássico é aquele em que o Estado exerce a proteção diplomática: por trás do interesse do Estado, que é o sujeito habilitado a invocar a responsabilidade, encontra-se o interesse do nacional que sofreu o dano.¹⁹ Como a proteção diplomática pode

2000, p. 132.

16 Ver Berman and Hernández, nota 9, p. 1207.

17 *Atividades Armadas no Território do Congo* (República Democrática do Congo c. Uganda), Medidas Provisórias, Despacho de 1º de julho de 2000, Declaração do Juiz Oda, *ICJ Reports* 2000, p. 132.

18 Ibid.

19 Para uma definição de proteção diplomática, ver o artigo 1º dos *Articles on Diplomatic Protection*, adotados pela Comissão de Direito Internacional em 2006: ‘Para os fins do

representar o único remédio à disposição do indivíduo para a proteção de seus interesses, este pode procurar persuadir o Estado de nacionalidade a submeter a um tribunal internacional um caso contra o Estado que causou o dano. Assim, o particular pode até mesmo tentar influir, por intermédio de seus advogados, no processo perante esse tribunal. Como observou o juiz Cot:²⁰

O contencioso misto, semipúblico e semiprivado, torna-se cada vez mais comum. Agentes e coagentes atuam com frequência crescente em favor de partes privadas, sob o manto do contencioso interestatal e a folha de figueira da proteção diplomática.

Nos “contenciosos mistos”, a parte privada é frequentemente quem mais se beneficia da inclusão de seu advogado na delegação que representa o Estado perante um tribunal internacional. Essa presença ajuda a assegurar que os interesses da parte privada sejam devidamente levados em conta pelo Estado ao definir sua estratégia contenciosa perante o tribunal. Da perspectiva do Estado, as vantagens são menos evidentes. O fato de o advogado talvez conhecer em profundidade os antecedentes da controvérsia pode constituir razão válida para incluí-lo entre os advogados do Estado. Para evitar qualquer risco de conflito de interesses, o duplo papel do advogado deveria ser autorizado tanto pelo Estado quanto pelo cliente privado.²¹

Não faltam precedentes em que um Estado nomeou como advogado o advogado de uma parte privada com interesse direto no caso. No caso *Elettro-nica Sicula S.p.A. (ELSI)* (Estados Unidos da América c. Itália), a delegação dos Estados Unidos incluía, como advogado, uma pessoa que também era advogado da empresa proprietária da fábrica cuja requisição estava na origem da controvérsia.

É interessante notar que o fato de o advogado dos Estados Unidos também ser advogado da empresa privada proprietária da fábrica teve consequên-

presente projeto de artigos, a proteção diplomática consiste na invocação, por um Estado, mediante ação diplomática ou outros meios de solução pacífica, da responsabilidade de outro Estado por um dano causado por um ato internacionalmente ilícito desse Estado a uma pessoa física ou jurídica que seja nacional do primeiro Estado, com vistas à efetivação dessa responsabilidade’. Segundo a CIJ, essa definição reflete o direito internacional consuetudinário. Ver *Ahmadou Sadio Diallo* (République de Guinée c. République démocratique du Congo), Exceptions préliminaires, arrêt du 24 mai 2007, *C.I.J. Recueil* 2007, p. 599.

20 Ver *M/V “Louisa” Case*, São Vicente e Granadinas c. Espanha, Mérito, Opinião Separada do Juiz Cot, *ITLOS Case No 18, ITLOS Reports* 2013, p. 117. Ver também J.-P. Cot, ‘Remarques sur la déontologie des avocats et conseils auprès des cours et tribunaux internationaux’, in *Liber amicorum en l’honneur de Serge Sur* (Pedone, 2014), pp. 243-252.

21 Ver, a esse respeito, os *Hague Principles on Ethical Standards for Counsel Appearing before International Courts and Tribunals*, da International Law Association, adotados em 2010 e reproduzidos em *The Law & Practice of International Courts & Tribunals* 10 (2011), p. 6. O Princípio 4 dispõe que ‘o advogado não está impedido de atuar em um caso a respeito do qual tenha feito, por escrito, a divulgação apropriada dos fatos pertinentes ao Princípio [sobre conflito de interesses] com base na qual as partes tenham dado seu consentimento expresso’.

cias processuais. Como, em suas alegações em nome dos Estados Unidos, o advogado também se referiu a “questões de fato de seu conhecimento como advogado atuante para a Raytheon Company”,²² a Câmara da Corte encarregada do caso acolheu o pedido da Itália para que ele fosse tratado não apenas como advogado, mas também como testemunha. Por isso, foi submetido a contrainterrogatório pelos advogados da Itália. Cabe notar que, embora o presidente da Câmara tenha apenas perguntado aos Estados Unidos se objetavam a que seu advogado fosse submetido a contrainterrogatório, o advogado ressaltou que somente aceitava o contrainterrogatório porque a *Raytheon Company* havia renunciado a qualquer privilégio pertinente a esse respeito.²³

Em processos perante o TIDM, não é incomum que um Estado nomeie como agente o advogado de uma parte privada interessada no caso. Nos casos “*Grand Prince*” (Belize c. França) e *M/V “Louisa”* (São Vicente e Granadinas c. Reino da Espanha), os agentes eram advogados privados dos proprietários das embarcações detidas, respectivamente, pelas autoridades francesas e espanholas. Essa prática pode ter sido favorecida pelo fato de que ambos os casos haviam sido submetidos ao Tribunal com base no procedimento especial de pronta liberação de embarcações e de suas tripulações estabelecido pelo artigo 292 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. O artigo 292, parágrafo 2, dispõe que um pedido de liberação pode ser apresentado “pelo Estado de bandeira da embarcação ou em seu nome”. Essa fórmula – “em nome do Estado de bandeira” – permite que o pedido seja apresentado diretamente pelos advogados que atuam para os proprietários da embarcação, limitando-se o Estado a autorizar a apresentação do pedido. Por vezes, o advogado privado está praticamente sozinho na representação do Estado perante o Tribunal e os agentes públicos desempenham apenas um papel limitado, quando não estão simplesmente ausentes.²⁴

A prática de nomear o advogado de uma parte privada interessada estende-se para além dos processos de pronta liberação. No caso *M/V “Norstar”* (Panamá c. Itália), a Itália formulou uma objeção a essa prática, sustentando que “o poder de um indivíduo para atuar ‘em nome’ de um Estado para fins de processos de pronta liberação é um tipo singular de poder previsto no artigo 292” e que esse poder “não se estende ao poder de atuar em nome do Estado para além

22 *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, Sentença, *ICJ Reports* 1989, p. 19.

23 *Ibid.*

24 Ver D. Anderson, ‘Prompt Release of Vessels and Crews’, in A. Peters (ed.), *Max Planck Encyclopedias of International Law* (OUP, 2008), para. 5: ‘Seis pedidos desse tipo foram apresentados até o momento [...]. Os seis pedidos foram apresentados por advogados que exerciam a profissão de forma privada, atuando em nome dos proprietários das embarcações, comandantes etc. [...] Exceto no caso *Chaisiri Reefer 2*, que foi retirado após acordo entre as partes, esses advogados também sustentaram oralmente os casos, por vezes na ausência de qualquer autoridade do Estado demandante’.

desses processos”.²⁵ O Tribunal rejeitou a objeção da Itália, entendendo que “o fato de o Sr. Carreyó ser um advogado que exerce a profissão de forma privada e atua como representante jurídico do proprietário do M/V ‘Norstar’ não impede que o Panamá lhe confira poderes para representar o Panamá”.²⁶

A delegação da representação do Estado a um advogado privado foi criticada por alguns juízes. Assim, o juiz Cot observou que, “como o advogado-agente não está necessariamente em contato próximo com as autoridades do Estado de bandeira”, “a credibilidade e a confiabilidade das informações que fornece sobre a posição jurídica do Estado de bandeira podem ser questionáveis”.²⁷ Como já observado, o juiz Oda advertiu para o risco de um número crescente de submissões unilaterais ocasionais de casos por alguns Estados.²⁸

Embora essa prática possa criar diversos problemas práticos, o fato de um Estado nomear como agente o advogado de uma parte privada interessada no caso dificilmente pode ser considerado fundamento para a rejeição da demanda. O juiz Oda parece fazer uma sugestão nesse sentido ao convidar a Corte a considerar se essa situação poderia ser qualificada como “abuso do direito de instaurar processos”.²⁹ A existência de abuso processual foi por vezes invocada perante a CIJ para sustentar a inadmissibilidade de uma demanda. A Corte rejeitou reiteradamente essa pretensão, afirmando que “somente em circunstâncias excepcionais a Corte deve rejeitar uma pretensão fundada em um título válido de jurisdição por motivo de abuso processual”.³⁰ Poder-se-ia argumentar

25 M/V “Norstar” (Panamá c. Itália), Exceções Preliminares, Sentença de 4 de novembro de 2016, *ITLOS Reports* 2016, p. 39, para. 70.

26 *Ibid.*, p. 44, para. 95.

27 “Grand Prince” (Belize c. França), Pronta Liberação, Sentença de 20 de abril de 2001, Declaração do Juiz ad hoc Cot, *ITLOS Reports* 2001, p. 53. Ver também A. R. Ziegler and K. R. Jonathan, ‘The Legitimacy of Private Lawyers Representing States Before International Tribunals’, in F. Baetens (ed.), *Legitimacy of Unseen Actors in International Adjudication* (OUP, 2019), pp. 544-565, à p. 556 (‘o advogado privado pode fornecer ao tribunal informações imprecisas. Como representante, o agente (e, em menor medida, o advogado) é o elo entre a corte e o Estado litigante. Dada essa posição, espera-se que o agente seja altamente confiável’).

28 *Atividades Armadas no Território do Congo* (República Democrática do Congo c. Uganda), Medidas Provisórias, Despacho de 1º de julho de 2000, Declaração do Juiz Oda, *ICJ Reports* 2000, p. 132: ‘Pessoalmente, pergunto-me, à luz do número crescente de demandas unilaterais, se a submissão unilateral irrefletida ou ocasional de casos por alguns Estados (que simplesmente pareceriam instigados por advogados privados ambiciosos de certos países desenvolvidos), sem que o governo do Estado envolvido tenha antes esgotado os canais diplomáticos, é realmente compatível com a finalidade da Corte Internacional de Justiça como órgão judicial principal das Nações Unidas’. Ver também Ziegler and Jonathan, nota 24, p. 557.

29 *Ibid.*

30 *Imunidades e Processos Penais* (Guiné Equatorial c. França), Exceções Preliminares, Sentença, *ICJ Reports* 2018, p. 336, para. 150. Sobre a postura das cortes internacionais a respeito de objeções fundadas em abuso processual, ver A.D. Mitchell and T. Malone, ‘Abuse of Process in Inter-State Dispute Resolution’, in H. Ruiz-Fabri (ed.), *Max Planck Encyclopedia of*

que, quando um Estado delega sua representação perante a Corte a uma parte privada, a “verdadeira parte” passa a ser a parte privada, o que contrariaria as limitações relativas à capacidade para ser parte em um caso estabelecidas pelo artigo 34 do Estatuto.³¹ Um argumento dessa natureza foi formulado no caso *Aplicação da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (Gâmbia c. Mianmar)*. Mianmar sustentou que, “ao ‘designar’ ou ‘incumbir’ um Estado de instaurar um caso em seu nome, uma outra entidade pode contornar as limitações segundo as quais somente Estados podem ser partes em casos perante a Corte”.³² A Corte rejeitou esse argumento:

A Corte observa que o fato de um Estado ter aceitado a proposta de uma organização intergovernamental da qual é membro para instaurar um caso perante a Corte, ou de ter buscado e obtido apoio financeiro e político dessa organização ou de seus membros para instaurar este processo, não altera sua condição de demandante perante a Corte. Além disso, a questão do que pode ter motivado um Estado como a Gâmbia a iniciar o processo não é pertinente para estabelecer a jurisdição da Corte.³³

O mesmo raciocínio pode ser aplicado à situação em que um Estado parece delegar sua representação perante a CIJ a uma parte privada.

ii) INTERAÇÃO ENTRE OS INTERESSES DO ESTADO E OS INTERESSES DE UMA ONG

É fato bem conhecido que as organizações não governamentais (ONGs) podem participar da negociação de tratados multilaterais ou dos trabalhos de uma organização internacional através do apoio à atividade de um Estado, inclusive por meio da prestação de assistência jurídica ou financeira a este.³⁴ Podem também desempenhar um papel no apoio a iniciativas destinadas a obter uma decisão de um tribunal internacional, por exemplo incentivando os Estados a adotar uma resolução da Assembleia Geral que solicite um parecer consultivo da CIJ ou propondo a um Estado que submeta uma controvérsia à Corte ou ao Tribunal.³⁵ Os Estados podem, ainda, concordar em incluir como advogados pessoas que atuem como especialistas jurídicos de uma ONG.

International Procedural Law (OUP, 2018).

31 Nos termos do artigo 34, “[s]omente os Estados podem ser partes em casos perante a Corte’.

32 *Aplicação da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio* (Gâmbia c. Mianmar), Exceções Preliminares, Sentença, *ICJ Reports* 2022, p. 492, para. 35.

33 *Ibid.*, p. 495, para. 44.

34 Ver, entre outros, A. Boyle and Ch. Chinkin, *The Making of International Law* (OUP, 2007), pp. 153-269; K. Anderson, ‘The Ottawa Convention banning landmines, the role of international non-governmental organizations and the idea of international civil society’, in *European Journal of International Law*, 11 (2000), pp. 91-120.

35 Sobre o papel das ONGs na coalizão global voltada à adoção de uma Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas solicitando à CIJ que esclarecesse as obrigações dos Estados e as consequências jurídicas relacionadas às mudanças climáticas, ver o site <https://>

Até o momento, o papel das ONGs no apoio e na assistência aos Estados para a instauração de um caso perante a CIJ ou o Tribunal não despertou muita atenção. No caso *Legalidade da ameaça ou do uso de armas nucleares*, contudo, o juiz Guillaume referiu-se a essa questão. Ele criticou abertamente o papel das ONGs e ressaltou que o parecer solicitado pela Assembleia Geral das Nações Unidas teve origem em uma iniciativa de um grupo de ONGs que “trabalharam muito intensamente para assegurar a adoção das resoluções que submeteram a questão à Corte e para induzir Estados hostis às armas nucleares a comparecer perante a Corte”.³⁶ Em seguida, observou:

Estou certo de que a pressão exercida dessa maneira não influenciou as deliberações da Corte, mas indaguei-me se, em tais circunstâncias, os pedidos de parecer ainda poderiam ser considerados provenientes das Assembleias que os haviam adotado ou se, levantando esse véu, a Corte não deveria tê-los rejeitado como inadmissíveis. Ouso, contudo, esperar que os governos e as instituições intergovernamentais ainda conservem independência decisória suficiente para resistir aos poderosos grupos de pressão que hoje os assediam com o apoio dos meios de comunicação de massa. Observo também que nenhum dos Estados que compareceram perante a Corte suscitou essa objeção. Nessas circunstâncias, não considere que a Corte devesse acolhê-la *proprio motu*.³⁷

A posição do juiz Guillaume é, em muitos aspectos, semelhante à do juiz Oda mencionada acima. Sua principal preocupação é que as iniciativas destinadas a obter uma decisão da Corte não se originem, na realidade, nos Estados, nem sejam promovidas no interesse dos Estados envolvidos. Assim como o juiz Oda, ele convidou a Corte a considerar a rejeição do pedido de parecer por inadmissibilidade.

Posições como as dos juízes Guillaume e Oda permanecem, contudo, isoladas. Como já se viu, a CIJ geralmente se abstém de “levantar o véu” para determinar se, por trás da presença formal do Estado, há outro ator que se utiliza do Estado para perseguir um interesse próprio e distinto. A Corte tampouco se interessa por avaliar as motivações que levaram um Estado a instaurar um caso perante ela ou a votar a favor de uma resolução que solicita um parecer consultivo. Um Estado que comparece perante a Corte permanece, portanto, livre para receber apoio financeiro ou assistência jurídica de uma ONG, inclusive mediante a nomeação, como advogados, de pessoas que simultaneamente atuem como especialistas jurídicos dessa ONG.

www.vanuatuicj.com/.

36 *Legalidade da Ameaça ou do Uso de Armas Nucleares*, Parecer Consultivo de 8 de julho de 1996, Opinião Separada do Juiz Guillaume, *ICJ Reports* 1996, p. 287.

37 *Ibid.*, pp. 287-288.

III) INTERAÇÃO ENTRE AS POSIÇÕES SUSTENTADAS POR DIFERENTES PODERES DO ESTADO

Até aqui, abordei duas situações nas quais os diferentes interesses em jogo são os do Estado e os de um ator não estatal, seja o proprietário de uma embarcação, seja uma ONG. A situação que abordo agora é distinta, pois diz respeito a uma possível divergência de posições no interior do próprio Estado, em particular entre os diferentes poderes do Estado. O pensamento jurídico internacional foi por muito tempo dominado pela percepção do Estado como sujeito unitário. No entanto, quando se levanta o véu unitário do Estado, encontra-se uma pluralidade de órgãos que, por vezes, falam com vozes diferentes sobre questões de direito internacional.³⁸ Como, então, determinar a posição do Estado quando os diferentes poderes estatais divergem acerca do conteúdo da regra internacional em questão na controvérsia?

Como afirmou certa vez a CIJ, “em geral, no direito e na prática internacionais, é o Poder Executivo do Estado que o representa em suas relações internacionais e fala em seu nome no plano internacional”.³⁹ Pode-se acrescentar que, em geral, é o Executivo, normalmente o Ministério das Relações Exteriores ou o Ministério da Justiça, que nomeia as pessoas que atuam como agente ou advogado do Estado e dá instruções a respeito da posição a ser adotada em nome dele.⁴⁰ Em certos casos, contudo, à luz da natureza específica da controvérsia, o Executivo pode considerar preferível defender as posições expressas por outros órgãos do Estado, ainda que elas sejam diferentes da posição anteriormente sustentada pelo próprio Executivo.

O caso *Imunidades jurisdicionais do Estado* (Alemanha c. Itália: Grécia interveniente) oferece uma ilustração clara dessa situação. O caso teve origem em uma série de decisões de tribunais italianos que negaram imunidade à Alemanha com base na premissa de que, segundo o direito internacional, existiria uma exceção à imunidade nos casos de crimes internacionais. A Alemanha contestou a existência dessa exceção, inclusive por meio de notas diplomáticas de protesto. Paralelamente à controvérsia interestatal entre a Alemanha e a Itália, a questão da imunidade da Alemanha perante os tribunais italianos havia gerado um confronto intenso e prolongado entre o Poder Executivo italiano e o Poder Judiciário italiano, cada qual expressando posições diferentes sobre a existência de uma exceção à imunidade. Quando, em 2008, a Alemanha submeteu a

38 Ver R. Higgins, ‘The Concept of “The State”: Variable Geometry and Dualist Perceptions’, in L. Boisson de Chazournes and V. Gowlland-Debbas (eds), *The International Legal System in Quest of Equity and Universality. Liber Amicorum Georges Abi-Saab* (Kluwer, 2001), p. 561.

39 *Aplicação da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial* (Geórgia c. Federação Russa), Exceções Preliminares, Sentença de 1º de abril de 2011, *ICJ Reports* 2011 (I), p. 87, para. 37.

40 Ver Berman and Hernández, nota 9, p. 1209.

controvérsia à CIJ, a Itália deparou-se com uma escolha: manter as posições expressas pelo Executivo perante os tribunais italianos ou, ao contrário, alinhar-se à posição do Judiciário italiano e sustentar a existência de uma exceção à imunidade.⁴¹ Ao final, o governo optou por defender a posição dos tribunais. A razão dessa escolha reside nas características específicas do sistema jurídico italiano, no qual o Judiciário goza de considerável autonomia para determinar o conteúdo das regras de direito internacional consuetudinário.⁴² Nesse contexto, apenas uma sentença proferida após exame aprofundado de todos os argumentos formulados pelos tribunais italianos poderia ser considerada dotada de autoridade aos olhos dos juízes do país. Caso contrário, havia um risco real de que eles resistissem a dar cumprimento a uma sentença da CIJ que reconhecesse o direito da Alemanha à imunidade.

C) OS EFEITOS DAS DECLARAÇÕES FEITAS PELO AGENTE E PELO ADVOGADO NO CURSO DAS ALEGAÇÕES

Ao considerar o efeito jurídico a ser atribuído às declarações feitas em nome de uma das partes no curso das alegações perante um tribunal internacional, deve-se distinguir a posição do agente daquela do advogado. Como já se observou, somente o agente tem autoridade para vincular formalmente o Estado.

A CIJ reconheceu que declarações unilaterais feitas pelo agente podem criar obrigações vinculantes para o Estado. Essas declarações vinculantes têm sido particularmente relevantes no contexto de processos relativos a medidas provisórias. A Corte admitiu que pode se basear em garantias unilaterais dadas pelo agente de uma parte a respeito da conduta futura do Estado para determinar se estão preenchidas as condições de risco de dano irreparável e urgência.

Quanto às condições em que a declaração de um agente pode ser considerada criadora de obrigações para o Estado, a CIJ observou no caso *Aplicação da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (Armênia c. Azerbaijão)*:

A Corte recorda que declarações unilaterais podem dar origem a obrigações jurídicas e que os Estados interessados podem tomar conhecimento de declarações unilaterais e nelas depositar confiança, tendo o direito de exigir que a obrigação assim criada seja respeitada [...]. A Corte recorda ainda que, “[u]ma vez que um Estado tenha assumido tal compromisso a respeito de sua

41 Em seu memorial, a Alemanha referiu-se às divergências entre os diferentes poderes do Estado italiano quanto ao conteúdo da regra sobre imunidade. Ver *Imunidades Jurisdicionais do Estado* (Alemanha c. Itália: Grécia interveniente), Memorial da Alemanha, para. 130.

42 Ver, em termos mais amplos, P. Palchetti, ‘Conformità dell’ordinamento italiano alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute e controlimiti: problemi aperti’, in G. Palmisano (ed.), *Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni* (ES, 2020), pp. 371-388.

conduta, deve-se presumir sua boa-fé no cumprimento desse compromisso [...]”. A Corte observa que os compromissos do agente do Azerbaijão, formulados publicamente perante a Corte e de maneira detalhada, destinam-se a enfrentar a situação das pessoas de origem nacional ou étnica armênia em Nagorno-Karabakh após a operação iniciada pelo Azerbaijão nessa região em 19 de setembro de 2023. A Corte considera que os compromissos assumidos pelo agente do Azerbaijão em nome de seu governo são vinculantes e criam obrigações jurídicas para o Azerbaijão.⁴³

Nessa passagem, a Corte parece enfatizar três elementos: que a declaração consistia em “compromissos assumidos pelo agente [...] em nome de seu governo”; que esses compromissos sejam “formulados publicamente perante a Corte”; e que sejam “formulados de maneira detalhada”. Essas condições correspondem àquelas identificadas pela Comissão de Direito Internacional (CDI) em seus Princípios Orientadores aplicáveis às declarações unilaterais dos Estados capazes de criar obrigações jurídicas.⁴⁴ Segundo esse texto, para produzir efeito vinculante, uma declaração unilateral deve ser “formulada publicamente” e deve manifestar “a vontade de se vincular”.⁴⁵ Além disso, deve ser “enunciada em termos claros e específicos”.⁴⁶ A CDI exige, ainda, que a declaração seja feita “por uma autoridade dotada do poder para tanto”, especificando que, além de chefes de Estado, chefes de governo e ministros das Relações Exteriores, “[o] utras pessoas que representem o Estado em áreas determinadas podem ser autorizadas a vinculá-lo, mediante suas declarações, em matérias inseridas em sua esfera de competência”.⁴⁷ Embora a Corte não trate explicitamente da última condição, é evidente que uma declaração feita por um agente a respeito da conduta do Estado e pertinente à controvérsia perante a Corte pode ser considerada inserida na esfera de competência do agente.

43 *Aplicação da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial* (Armênia c. Azerbaijão), Medidas Provisórias, Despacho de 17 de novembro de 2023, ICJ Reports 2023, pp. 637-638.

44 *ILC Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations*, with commentaries thereto, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, vol. II, Part Two, pp. 369-381.

45 Ver o Princípio I: ‘As declarações formuladas publicamente e que manifestem a vontade de se vincular podem ter o efeito de criar obrigações jurídicas. Quando as condições para tanto estão presentes, o caráter vinculante de tais declarações se baseia na boa-fé; os Estados interessados podem então levá-las em consideração e nelas confiar; tais Estados têm o direito de exigir que essas obrigações sejam respeitadas.’

46 Ver o Princípio VII: ‘Uma declaração unilateral só gera obrigações para o Estado que a formula se for enunciada em termos claros e específicos.’

47 Ver o Princípio IV: ‘Uma declaração unilateral só vincula o Estado no plano internacional se for feita por uma autoridade dotada do poder para tanto. Em virtude de suas funções, chefes de Estado, chefes de governo e ministros das Relações Exteriores são competentes para formular tais declarações. Outras pessoas que representem o Estado em áreas determinadas podem ser autorizadas a vinculá-lo, mediante suas declarações, em matérias inseridas em sua esfera de competência.’

Embora o advogado não seja investido do poder de vincular o Estado, o fato de ter sido autorizado a falar em nome deste significa que as declarações feitas perante o tribunal são atribuíveis ao Estado e podem ser consideradas representativas de sua posição. Isso é ainda mais evidente porque se presume que a autoridade competente do Estado, e em particular o agente, tenha conhecimento prévio do texto das alegações que o advogado apresentará ao tribunal e o tenha aprovado. Mesmo quando juízes formulam perguntas às partes durante a fase oral, a prática seguida pela CIJ consiste em conceder a cada parte tempo suficiente para consultar sua equipe jurídica, inclusive, evidentemente, o agente, antes de responder.⁴⁸

Sustentou-se que as declarações dos advogados “podem ser consideradas portadoras de um forte elemento argumentativo, que nem sempre representa a posição jurídica geral do Estado que defendem”.⁴⁹ Essa afirmação exige uma ressalva. Por uma questão de princípio, independentemente de qualquer elemento argumentativo, as declarações dos advogados representam, sim, a posição do Estado.⁵⁰ Na medida em que expressem a posição do Estado a respeito da existência ou do conteúdo de uma regra de direito internacional consuetudinário, podem ser consideradas uma forma de prática estatal ou prova de *opinio juris*. A CDI está, portanto, correta ao incluir as “alegações perante cortes e tribunais nacionais ou internacionais” entre as formas de prática estatal pertinentes para a determinação do direito internacional consuetudinário.⁵¹ Da mesma maneira,

48 O artigo 61, parágrafo 2, do Regulamento da Corte dispõe que ‘[a] Corte pode, durante a audiência, formular perguntas aos agentes, consultores e advogados, e pedir-lhes explicações’; o artigo 61, parágrafo 4, especifica que ‘[o]s agentes, consultores e advogados podem responder imediatamente ou dentro de um prazo fixado pelo presidente’. Wordsworth and Parlett, nota 2, p. 293, explicam o fato de a Corte não interromper os advogados para lhes formular perguntas, e de quase nunca esperar uma resposta imediata, com base na ‘longa tradição de deferência da Corte para com os Estados soberanos’.

49 Ver T. Treves, ‘The Expansion of International Law’, in *Recueil des cours* 398 (2019), p. 162, que observa que ‘[a]s declarações dos agentes perante cortes internacionais podem ser vistas como expressando a posição do Estado que representam, ao passo que as declarações dos advogados — ainda que se possa presumir terem sido aprovadas pelas autoridades do Estado — podem ser vistas como portadoras de um forte elemento argumentativo, que nem sempre representa a posição jurídica geral do Estado que defendem’.

50 Segundo Crawford, ‘o que se diz perante a Corte Internacional é lido pelo agente e por ele aprovado, constituindo, como tal, uma posição representativa do Estado. É certo que não é usual que o advogado assuma compromissos em nome do Estado — isso cabe apenas ao agente —, mas, ainda assim, o que se diz é examinado com muito cuidado. Não me parece haver dúvida de que isso constitui prática estatal. Mas é prática estatal *sub modo*’. Ver Crawford, Pellet, Redgwell, nota 3, p. 724.

51 Ver o Comentário da CDI à Conclusão 6 de seu *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law*: ‘A expressão “conduta do Executivo”, por exemplo, refere-se, de maneira abrangente, a qualquer forma de ato do Poder Executivo, incluindo ordens executivas, decretos e outras medidas; declarações oficiais no plano internacional ou perante um órgão legislativo; e alegações perante cortes e tribunais nacionais ou internacionais’. UN doc A/73/10, p. 134. Sobre esse tema, ver M. Longobardo, ‘States’ Mouthpieces or Independent Practitioners? The Role of Counsel before the ICJ from the Perspective of the Legal Value of

uma declaração que estabeleça a interpretação a ser dada a uma disposição pode constituir prática subsequente nos termos do artigo 31, parágrafo 3, alínea b, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Embora não haja dúvida de que essas declarações se qualificam como uma forma de prática estatal, seu peso para determinar a posição geral do Estado deve ser avaliado à luz de sua natureza particular. O fato de elas serem feitas com o objetivo de vencer um caso e dizerem respeito a matérias sobre as quais as partes concordaram em aceitar a decisão da Corte pode reduzir seu peso entre as diversas manifestações da prática desse Estado. A esse respeito, em determinadas circunstâncias, pode-se de fato concluir que elas não refletem “a posição jurídica geral do Estado”.⁵²

Pode ocorrer que uma declaração feita por um advogado em nome de um Estado contradiga posições anteriormente expressas pela mesma pessoa em uma publicação acadêmica ou ao sustentar, em outro caso, a posição de outro Estado. Como os advogados “atuam exclusivamente como representantes do Estado em questão, e não como especialistas não autorizados ou *amici curiae*”,⁵³ não há nada de intrinsecamente problemático no fato de a mesma pessoa expressar posições diferentes sobre a mesma questão jurídica. Na realidade, contudo, a questão é um pouco mais complexa. Em certas circunstâncias, essas incoerências podem enfraquecer a força persuasiva do argumento formulado pelo advogado.

O risco é menor quando o conflito se dá entre declarações feitas em dois casos distintos.⁵⁴ Isso porque o contexto – o fato de defender dois Estados diferentes em controvérsias separadas – torna mais fácil explicar e aceitar algumas incoerências. O embaraço pode ser maior quando o advogado também é acadêmico e a posição anteriormente expressa foi formulada nessa qualidade.

3. A RELAÇÃO ENTRE O ADVOGADO E A CORTE⁵⁵

Os advogados não são apenas representantes de um Estado; podem também ser considerados auxiliares da Corte (ou do Tribunal). Nessa qualidade, têm diversos deveres perante a Corte. Em particular, como estabelecem os Princípios da Haia da ILA sobre padrões éticos para advogados que atuam perante

their Oral Pleadings’, in *The Law & Practice of International Courts & Tribunals* 20 (2021), p. 66.

52 Sobre a avaliação da prática de um Estado, ver a Conclusão 7 do *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law* da CDI.

53 I. Brownlie, ‘The Perspective of International Law from the Bar’ (2003), citado por Longobardo, nota 48, p. 73.

54 Para um exemplo de advogado questionado por declarações feitas perante a Corte em outro caso e em nome de um Estado diferente, ver *Public sitting held on Friday 9 June 2006, at 10 a.m., at the Peace Palace in the case concerning Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v. Uruguay), CR 2006/48, p. 43.

55 Esta seção baseia-se em P. Palchetti, ‘Le regard de l’avocat’, in G. Le Floch and N. Peltier (eds), *Ethique et Justice internationale* (Pedone, 2025), pp. 359-365.

cortes e tribunais internacionais, os advogados têm “o dever, perante a corte ou o tribunal internacional, de contribuir para a administração equitativa da justiça e para a promoção do Estado de Direito”.⁵⁶

Além do dever de cumprir as regras estabelecidas no estatuto e no regulamento de um tribunal, os advogados também se orientam, em sua atividade profissional, por padrões éticos de conduta. Nos sistemas jurídicos nacionais, esses padrões são em geral codificados em códigos de ética nacionais. No que diz respeito às cortes e aos tribunais internacionais, contudo, a conveniência e a utilidade da adoção de regras profissionais de conduta aplicáveis aos advogados têm sido objeto de debate considerável. Ao considerar se um código de conduta deve ser estabelecido, ou ao avaliar os aspectos que esse código deveria abordar prioritariamente, é preferível levar em conta as características específicas de cada corte e tribunal internacional, em vez de oferecer uma resposta geral destinada a aplicar-se uniformemente a todos. Embora a questão se coloque para todas as cortes e tribunais, a solução adequada pode variar segundo o tipo de jurisdição, a natureza das partes ou as características institucionais de cada um deles. Nessa perspectiva, não parece apropriado, como propõem alguns autores,⁵⁷ colocar no mesmo plano todas as cortes internacionais com jurisdição sobre controvérsias nas quais ao menos uma das partes seja um Estado. As considerações que podem ser feitas a respeito da CIJ ou do Tribunal do Mar, por exemplo, não parecem imediatamente transponíveis aos tribunais arbitrais de investimento.⁵⁸

A) HÁ NECESSIDADE DE UM CÓDIGO PROFISSIONAL DE CONDOTA PERANTE A CORTE?

Até o momento, a CIJ absteve-se de adotar um código de conduta para os advogados. Adotou, contudo, certas diretrizes destinadas a limitar a liberdade dos Estados de escolher as pessoas que podem atuar como agente ou advogado. Assim, a Instrução Prática VII estabelece que “as partes deveriam (*should*) [...] abster-se de designar como agente, consultor ou advogado, em um caso perante a Corte, uma pessoa que atue como juiz *ad hoc* em outro caso perante a Corte”. A Instrução Prática VIII acrescenta que “as partes deveriam (*should*) abster-se de designar como agente, consultor ou advogado, em um caso perante a Corte, uma pessoa que, nos três anos anteriores à data da designação, tenha sido mem-

56 Ver o Princípio 2.1: ‘Administração equitativa da justiça: o advogado tem um dever de lealdade para com seu cliente, compatível com o dever, perante a corte ou o tribunal internacional, de contribuir para a administração equitativa da justiça e para a promoção do Estado de Direito’. *Hague Principles on Ethical Standards*, nota 18.

57 Ver C. Giorgetti, J. Dunoff, ‘Ex Pluribus Unum? On the Formation and Shape of a Common Code of Ethics in International Litigation’, in *AJIL Unbound* 2019, pp. 314-315.

58 Ver Crawford, nota 5.

bro da Corte, juiz *ad hoc*, secretário, secretário-adjunto ou funcionário superior da Corte”.

Sustentou-se que a ausência de um código de conduta ética “afetou negativamente a legitimidade da CIJ e sua capacidade de funcionar de maneira eficaz”.⁵⁹ Essa afirmação é pouco convincente. Ela ilustra o risco de se simplificar excessivamente a questão e distorcer a maneira como a prática da Corte é apresentada. Simplifica excessivamente a questão porque alguns autores parecem presumir que a mera ausência de um código de ética seja, por si só, suficiente para comprometer a legitimidade de uma corte. Distorce o debate na medida em que, para justificar a necessidade de um código de conduta, alguns estudiosos tendem a atribuir importância desproporcional a episódios isolados de comportamento antiético. No que diz respeito à CIJ, seria excessivo e enganoso falar em crise de legitimidade ou ausência de salvaguardas eficazes simplesmente porque a Corte ainda não editou regras éticas para os advogados que atuam perante ela. Embora seja possível encontrar, na prática da Corte, alguns casos de comportamento antiético de uma das partes,⁶⁰ eles permanecem incidentes isolados que não afetaram a legitimidade da CIJ nem o exercício efetivo de sua função judicial.

Diversos autores, inclusive advogados com ampla experiência perante a Corte, defendem o *status quo* e consideram desnecessária a adoção de um código de conduta. Essa posição se baseia essencialmente em duas considerações. Em primeiro lugar, a prática não revela violações significativas das regras profissionais. Em segundo lugar, o número limitado de pessoas que atuam regularmente como advogados perante a Corte ou o Tribunal assegurou por muito tempo uma forma de autorregulação e autocontrole que funciona de maneira eficaz.⁶¹ Como observou James Crawford, “[a] pesar da ausência de regulamentação formal, a existência de uma ‘advocacia invisível’ assegurou uma forma de autorregulação”, e esse “sistema de autorregulação funciona razoavelmente bem na prática”.⁶² De modo semelhante, Alain Pellet observou que a razão da “*l’inopportunité d’un code d’éthique*” reside na “*la ‘petitesse’ du monde de la justice, sinon internationale, du moins interétatique*”.⁶³ Ambos os autores

59 Ver H. Sajjadi, ‘The International Court of Justice: The Need for a Code of Professional Conduct for Counsel’, *Georgetown Journal of Legal Ethics* (2018), pp. 817-830, à p. 818.

60 Ver, por exemplo, *Delimitação Marítima e Questões Territoriais entre Catar e Bahrein*, Mérito, Sentença, *ICJ Reports* 2001, pp. 46-47, em que uma das partes suscitou a questão da autenticidade de diversos documentos apresentados pela outra parte. Sobre outros casos em que se suscitou a questão do comportamento antiético de uma das partes, ver A. Sarvarian, *Professional Ethics at the International Bar* (OUP, 2013), pp. 80-113.

61 Para um estudo empírico sobre a composição das equipes jurídicas que atuam perante a CIJ, ver Sh. P. Kumar and C. Rose, ‘A Study of Lawyers Appearing before the International Court of Justice, 1999–2012’, *European Journal of International Law* 25 (2014), pp. 893-917.

62 Crawford, nota 5, pp. 8-9.

63 A. Pellet, ‘Conclusions’, in J.-M. Thouvenin and J. Joly Hébert (eds), *La Cour internationale*

também ressaltam que os Estados provavelmente se oporiam à adoção de um código dessa natureza, na medida em que ele acabaria por limitar sua liberdade soberana de escolher seus advogados.⁶⁴

Embora seja verdade que, até o momento, a prática da Corte ou do Tribunal não revela casos significativos de má conduta por parte dos advogados, já não parece suficiente confiar apenas na autorregulação. Ao menos duas razões justificam que a Corte tome a iniciativa de adotar certos padrões profissionais de conduta aplicáveis aos advogados.

A primeira razão diz respeito à composição das equipes jurídicas que defendem os Estados. É verdade que, como observaram Crawford e Pellet, até recentemente apenas um pequeno número de advogados atuava regularmente perante a Corte. Embora isso possa ter assegurado que as “regras do jogo”, inclusive certas regras informais de ética profissional, fossem em geral conhecidas e respeitadas, também pode ter favorecido uma forma de “viés de otimismo” – isto é, uma confiança excessiva de alguns advogados em sua capacidade de determinar por si mesmos o que é eticamente adequado do ponto de vista profissional.⁶⁵ Mais importante, como observou corretamente o juiz Cot,⁶⁶ houve um aumento significativo do número de pessoas que atuam perante a Corte, inclusive equipes compostas por advogados sem experiência anterior nesse tipo de contencioso. Sem dúvida, a maior diversidade de pessoas que atuam como advogados constitui uma evolução bem-vinda. Isso significa, contudo, que a Corte já não pode se apoiar exclusivamente nas regras não escritas compartilhadas por um pequeno grupo de pessoas do meio. Regras informais e pressões internas entre pares talvez já não sejam suficientes para evitar o risco de comportamentos antiéticos.

A segunda razão diz respeito ao “público” da CIJ.⁶⁷ Como ilustra a atenção da mídia em torno do recente caso instaurado pela África do Sul contra Israel,⁶⁸ a opinião pública mundial está cada vez mais atenta às atividades da Corte. A necessidade de regras éticas para os advogados também deve ser avaliada à luz dessa evolução. Já não basta confiar no fato de que até o momento não tenham ocorrido incidentes éticos graves. A possibilidade de que esses incidentes venham a ocorrer no futuro poderia comprometer seriamente a autoridade de uma instituição cujas atividades são agora atentamente observadas e exami-

de Justice à 75 ans (Pedone, 2023), p. 313.

64 Pellet, nota 60, p. 314; Crawford, nota 5, p. 9.

65 A esse respeito, ver H. Ruiz Fabri, ‘Conflicts of Interests: Navigating in the Fog’, in *AJIL Unbound* (2019), pp. 307-311, à p. 310.

66 Cot, ‘Remarques sur la déontologie des avocats’, nota 17, pp. 244-245.

67 Sobre essa noção, ver J. Salmon, ‘L’auditoire de la Cour internationale de Justice: du bilatéral à l’universel’, *Universität des Saarlandes, Europa Institut*, n° 350, 1996.

68 *Aplicação da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio na Faixa de Gaza* (África do Sul c. Israel).

nadas por um público mundial. Em outras palavras, a Corte deve adaptar-se cada vez mais à lógica de que a justiça não apenas deve ser feita, mas também deve ser vista como tal. Nesse sentido, a adoção de regras éticas poderia ser um instrumento valioso para proteger a legitimidade e a autoridade da Corte.⁶⁹ Para além de seu impacto direto sobre a conduta dos advogados, essas regras teriam considerável peso simbólico e pedagógico. Demonstrariam o compromisso da Corte com princípios éticos fundamentais e promoveriam, entre os diversos atores, maior consciência do papel que esses princípios desempenham para assegurar a boa administração da justiça.

Quanto à questão de saber quem deveria adotar regras éticas para os advogados, várias propostas foram formuladas. A opção de remeter aos códigos de ética nacionais é inadequada, pois levaria à aplicação de padrões diferentes conforme a ordem profissional nacional à qual os advogados estivessem vinculados; além disso, um advogado que não fosse membro de uma ordem profissional nacional poderia não estar sujeito a nenhuma dessas regras. Confiar a tarefa a uma instituição privada é igualmente problemático, pois suscita questões acerca da legitimidade dessa instituição para estabelecer regras aplicáveis aos advogados que atuam perante a Corte.⁷⁰

Na realidade, a melhor solução parece ser a adoção dessas regras pela própria Corte. O poder da Corte de estabelecer padrões profissionais de conduta para os advogados pode ser considerado parte de sua autoridade geral para regular seu próprio processo nos termos do artigo 30 do Estatuto.⁷¹ Em particular, como sugeriram vários autores,⁷² essas regras poderiam assumir a forma de Instruções Práticas. O fato de as Instruções Práticas não serem vinculantes não torna esse instrumento menos útil.⁷³ Sua importância simbólica e pedagó-

69 Como observam Ziegler and Jonathan, nota 24, p. 562, em uma época de crescente escrutínio público, é importante que as cortes internacionais preservem sua legitimidade perante aqueles a quem servem.

70 Sobre essa proposta, ver Sarvarian, nota 57, p. 266.

71 Outros autores mencionam a existência de um poder inerente como possível fundamento para a adoção de tais regras. Ver Ziegler and Jonathan, nota 24, p. 562: 'Na verdade, sugerimos que os poderes inerentes dos órgãos jurisdicionais internacionais são suficientes para lidar com essa questão. A vantagem de atribuir aos tribunais internacionais a determinação da responsabilidade de advogados ou agentes que atuam perante eles é dupla: esclarecer sua responsabilidade e, com isso, reforçar sua legitimidade'. Em sentido diverso, ver E. Stohger and M. Wood, 'The International Bar', in C.P.R. Romano, K. Alter, Y. Shany (eds), *The Oxford Handbook of International Adjudication* (OUP, 2013), p. 640: 'Embora cortes e tribunais individuais possam buscar prescrever regras, é duvidoso que tenham poder para tanto. Além disso, os próprios Estados que instituam essas cortes e tribunais podem não estar dispostos a fazê-lo'.

72 Ver, entre outros, Sarvarian, nota 57, p. 90; K. Parlett and A. Sander, 'Into the Void: A Counsel Perspective on the Need to Articulate Rules Concerning Disclosure Before the ICJ', *AJIL Unbound* (2019), p. 305.

73 Sobre o debate acerca da incerta força jurídica das Instruções Práticas, ver P. Couvreur, 'Le Statut de la Cour internationale de Justice: bilan et perspectives', in *Recueil des Cours* 450

gica permaneceria intacta. Além disso, as Instruções Práticas são geralmente respeitadas.

B) QUESTÕES SOBRE AS QUAIS PODERIAM SER ADOTADAS CERTAS REGRAS DE CONDUTA PARA OS ADVOGADOS

Um código profissional de conduta para advogados normalmente abrange três áreas: as condições de admissão à profissão, as regras éticas que os advogados devem observar no exercício de sua profissão e as sanções disciplinares pelas violações dessas regras.⁷⁴

Quanto à primeira categoria, já se observou que o Estatuto da CIJ não estabelece requisitos relativos às qualificações profissionais que os advogados devem possuir. Não há necessidade de a Corte intervir nesse ponto. Provavelmente, a Corte não poderia ir além da introdução de um requisito geral de “competência reconhecida em direito internacional”, semelhante àquele contido no artigo 2 do Estatuto da Corte a respeito das qualificações dos juízes.⁷⁵ Não é convincente o argumento de que o acesso à Corte deveria ser limitado a advogados inscritos em uma ordem profissional nacional, sob o fundamento de que estariam ao menos sujeitos a uma regulamentação ética interna.⁷⁶ Por outro lado, se o requisito para atuar como advogado perante a Corte fosse possuir “competência reconhecida em direito internacional”, seria difícil utilizá-lo para restringir o acesso à Corte a advogados inscritos em uma ordem profissional nacional ou a professores universitários, como propõem alguns autores.⁷⁷ Como demonstram as trajetórias profissionais de juízes atuais e antigos,⁷⁸ esse requisito também pode ser preenchido por diplomatas ou especialistas que não pertençam ao meio acadêmico.

Uma Instrução Prática que contenha regras éticas para os advogados que atuam perante a Corte deveria se concentrar na formulação de um conjunto de princípios e regras fundamentais que regessem a relação entre os advogados e a Corte, particularmente em matéria probatória.⁷⁹ Como ilustram os Princípios da Haia da ILA, as questões de ética profissional também dizem respeito à rela-

(2025), pp. 25-436, à p. 265.

74 Sarvarian, nota 57, p. 14.

75 O artigo 2 dispõe que ‘A Corte será composta por um corpo de juízes independentes, eleitos, sem levar em conta sua nacionalidade, dentre pessoas de elevada reputação moral que reúnam as condições exigidas em seus respectivos países para o exercício das mais altas funções judiciárias, ou que sejam juriconsultos de reconhecida competência em direito internacional’.

76 Ver Cot, ‘Remarques sur la déontologie des avocats’, nota 17, pp. 250-251.

77 Sarvarian, nota 57, p. 287.

78 M. J. Aznar, E. Methymaki, ‘Article 2’, in A. Zimmermann, Ch. Tams (eds), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary* (3rd ed., OUP, 2019), pp. 289-306.

79 Para um exemplo que demonstra a utilidade de regras profissionais em matéria probatória, ver Palchetti, nota 52, pp. 364-365.

ção entre advogado e cliente. A Corte, contudo, pode optar por não tratar dessa dimensão, especialmente porque certas obrigações éticas, como a confidencialidade, a lealdade ou os conflitos de interesses, frequentemente já são reguladas no contrato de direito privado entre o advogado e o Estado.

Quanto às possíveis sanções por violações de regras éticas, realisticamente pouco se pode esperar da Corte. Como ela em geral reluta em sancionar uma parte pelo descumprimento de exigências processuais, é difícil imaginar que agora procurasse elaborar regras especificamente destinadas a sancionar advogados por violações de regras profissionais. Impugnações de advogados também são raras perante outros tribunais internacionais. A questão de saber se as cortes internacionais possuem um poder inerente para excluir advogados nomeados pelos Estados continua objeto de debate.⁸⁰

Ainda assim, violações de regras éticas podem afetar negativamente a parte representada pelo advogado. Em matéria probatória, por exemplo, a conduta inadequada de um advogado pode ser levada em conta pela Corte ao avaliar o peso a ser atribuído às provas apresentadas por essa parte.

Em princípio, o Estatuto da Corte lhe permite ir além. A Corte poderia valer-se de seu poder de determinar qual parte deve arcar com as custas processuais como meio de sancionar a conduta inadequada dos advogados. O Estatuto não exclui essa possibilidade. O fato de uma decisão sobre custas beneficiar a parte contrária não priva a medida de seu caráter punitivo e dissuasório. Embora não se tratasse de questão relacionada ao descumprimento de padrões éticos, a possibilidade de impor as custas à parte que não cumpriu a exigência foi suscitada perante a CIJ nos casos apensados *Certas atividades realizadas pela Nicarágua na região fronteira* e *Construção de uma estrada na Costa Rica ao longo do rio San Juan*. Contudo, “[l]evando em conta o conjunto das circunstâncias do caso”, a Corte considerou que “uma condenação ao pagamento das custas [...] não seria apropriada”.⁸¹ Até o momento, a Corte tem sido prudente no uso de seu poder de impor custas. Essa atitude reflete uma relutância mais ampla em adotar medidas que sancionem abertamente a conduta de uma das partes.

80 Para uma avaliação da jurisprudência dos tribunais de investimento a respeito dessa questão, ver E. Sthoeger and M. Wood, nota 68, p. 645. Segundo Ziegler and Jonathan, nota 24, pp. 563-564, ‘os poderes inerentes dos tribunais internacionais compreendem não apenas o poder de adotar regras de conduta para advogados (ou agentes, quando forem advogados privados), mas também o poder de sancionar’.

81 *Certas atividades realizadas pela Nicarágua na região fronteira e Construção de uma estrada na Costa Rica ao longo do rio San Juan* (Nicarágua c. Costa Rica), Mérito, ICJ Reports 2015, p. 665.

OS DIREITOS SOCIAIS: UM DIAGRAMA DO SEU DESENVOLVIMENTO¹

DIRITTI SOCIALI: UN DIAGRAMMA DEL LORO SVILUPPO

PIETRO COSTA²

RESUMO

[Resumo por Ricardo Sontag] O texto “Os direitos sociais: um diagrama do seu desenvolvimento”, é uma vigorosa síntese sobre a história dos direitos sociais, com foco na caracterização do processo que levou, primeiro, ao surgimento da específica categoria ‘direitos sociais’, e, depois, à inserção de tais direitos nas ordens jurídicas nacionais e internacional da Europa do segundo pós-guerra. A abordagem de Pietro Costa enfoca os sentidos dos direitos sociais no interior de distintas culturas jurídico-políticas, comparando esses direitos também com situações análogas precedentes (medievo e antigo regime), o que implica considerar as diferentes configurações das relações entre direito, poder político e sociedade. Embora o próprio Costa considere a sua abordagem esquemática e generalizante, o texto chama a atenção para a complexidade porque coloca em xeque narrativas evolucionistas e anestésicas, ainda tão comuns sobre esse tema.

PALAVRAS-CHAVE: [Palavras-chave por Ricardo Sontag] História dos direitos sociais. Liberalismo. Socialismo. Liberalismo social. Personalismo. Totalitarismos.

As constituições que no segundo pós-guerra, na Itália e em outros Estados europeus, deram origem às novas democracias, valorizaram uma classe de direitos por muito tempo deixados à margem da cultura jurídica: os direitos que no século XX foram chamados de “sociais”. A nossa constituição, de fato, não se limita a atribuir aos sujeitos os direitos de liberdade e os direitos políticos, mas reconhece a eles pretensões de outro tipo; pretensões de usufruir de prestações públicas capazes de satisfazer algumas exigências vitais, como a educação, a saúde, o trabalho e a seguridade social. O vínculo entre direitos sociais e democracia constitucional é conhecido, e igualmente conhecidos são os problemas que o constitucionalista encontra diante de si na interpretação dos direitos sociais constitucionalmente garantidos³. Porém, não está dentro das minhas competências e das minhas intenções adentrar em uma leitura analítica da carta constitucional. O meu objetivo é somente o de chamar a atenção para as etapas de um processo: um processo que, primeiro, conduziu à tematização

1 “I diritti sociali: un diagramma del loro sviluppo”. In: *Iuris quidditas* (liber amicorum per Bernardo Santalucia). Napoli: Editoriale scientifica, 2010. Tradução de Ricardo Sontag.

2 Professor emérito de História do direito medieval e moderno, *Università degli studi di Firenze*, Itália.

3 Cf., por exemplo, F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana* (Milano, 1999); P. CARETTI, *I diritti fondamentali: libertà e diritti sociali* (Torino, 2004); R. PILIA, *I diritti sociali* (Napoli, 2005); A. ANDREONI, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali* (Torino, 2006); G. CASADIO (a cura di), *I diritti sociali e del lavoro nella Costituzione italiana* (Roma, 2006).

da categoria específica dos direitos que chamamos “direitos sociais”, fazendo desses direitos, depois, um componente importante das hodiernas arquiteturas constitucionais. Não poderei oferecer aqui uma descrição analítica desses acontecimentos e vou me limitar a delinear, através de esquemas e generalizações, o diagrama de uma evolução complexa.

Qual é o momento inicial desse processo? Podemos dar uma resposta muito clara a essa pergunta: é no século XX que os direitos sociais, como categoria conceitualmente unitária e precisamente caracterizada, passam a fazer parte da cultura jurídica e dos ordenamentos europeus. Se isso é verdade, o processo que gostaríamos de reconstruir, ainda que complicado, é bastante breve: a história dos direitos sociais parece caber inteiramente na história do último século. Podemos nos dar por satisfeitos com essa constatação ou convém complicar o quadro e colocar algumas perguntas ulteriores? Partamos desta simples consideração: os direitos sociais são, substancialmente, expectativas que os cidadãos, ou algumas classes de cidadãos, nutrem em relação à comunidade política. Se eu me encontro em sérias dificuldades, eu espero que a comunidade a qual pertença faça alguma coisa: se estou morrendo de fome, que me deem comida; se estou doente e não tenho os meios para me curar, que me assistam; que me garantam a educação, se não posso me permitir um preceptor privado. Eis o horizonte de sentido dentro do qual se colocam os direitos sociais. Como é possível, então, que o ponto de origem deles esteja somente no século XX? Creio que seja conveniente raciocinar partindo de dois pontos: é verdade que somente no século XX os direitos sociais adquirem uma definição precisa e *status* jurídico claro; mas é igualmente verdade que as exigências sócio-políticas às quais esses direitos pretendem dar uma resposta são muito mais antigos. São esses dois pontos que convém aprofundar, e de alguma forma unificar, já que estamos nos interrogando sobre a gênese dos direitos sociais.

O cruzamento entre as necessidades vitais dos sujeitos e a intervenção do poder político é tão antiga quanto difusa – uma espécie de constante histórica – mas são muito diferentes, conforme cada contexto, as formas que esse cruzamento produz, os argumentos e os valores invocados para legitimá-los. A pobreza, inclusive a pobreza extrema, é um fenômeno endêmico, estrutural da Europa medieval e moderna, e um desafio difícil para o poder político. É um sério problema para a cidade medieval, que o enfrenta apostando na sinergia entre Igreja, ordens religiosas e instituições civis⁴ e continua a ser um sério problema para as monarquias dos séculos XVII e XVIII, na França e na Inglaterra⁵: um problema que o soberano, em parte, continua a despejar na periferia, nas cidades, mas, em parte, começa a assumir, dada a sua crescente relevância. A

4 Cf. B. GEREMEK, *La pietà e la forza: storia della miseria e della carità in Europa* (Bari, 1995).

5 P. PIASENZA, *Polizia e città: strategie d'ordine, conflitti e rivolte a Parigi tra Sei e Settecento* (Bologna, 1990); A. SERRANO GONZALEZ, *Como lobo entre ovejas* (Madrid, 1992).

pobreza, de fato, coloca em risco a manutenção da ordem. As massas de vagabundos e de mendicantes que se deslocam de uma cidade para outra em busca de um mínimo vital são um pesadelo recorrente para as cidades e uma crescente preocupação para um soberano que, cada vez mais, faz da ordem, da paz, o seu objetivo prioritário. O soberano deve, em suma, governar os sujeitos, mantê-los controlados, disciplinados: a força, a repressão, o patíbulo, são indispensáveis, mas é necessário também o socorro paterno, a intervenção benéfica que vem ao encontro das necessidades mais imediatas de sobrevivência, e que, ao mesmo tempo, controla o comportamento potencialmente subversivo e conflituoso dos estamentos subalternos.

O soberano deve vir ao encontro, de alguma forma e em alguma medida, das necessidades vitais dos súditos muito antes do século XX. O soberano do antigo regime, não menos do que cada comunidade em particular, não pode deixar de dar alguma resposta às exigências vitais dos sujeitos; mas essa resposta desce do alto, é uma resposta discricionária e unilateral do poder, é uma medida de governo. Ainda é impensável uma precisa conexão entre o governo dos sujeitos e a linguagem dos direitos.

Na verdade, a cultura teológico-jurídica medieval havia falado de um direito: em caso de extrema necessidade – este era o argumento empregado – os pobres podem legitimamente apropriar-se dos bens dos ricos, porque é aplicável, nesses casos, o direito natural, originário, de cada um fazer uso, para sobreviver, dos bens comuns⁶. Esse direito está, sim, presente na cultura medieval, mas não ocupa uma posição central (é muito mais sublinhado o dever do rico de distribuir em esmola o supérfluo), e produz pouco efeito no plano jurídico-institucional, e de qualquer forma praticamente sai de cena na época final do absolutismo.

Devemos, porém, perguntar-nos se com a grande fratura histórica provocada pela revolução francesa e com o triunfo, justo nos anos da revolução, da linguagem dos direitos, se alguma coisa mudou na percepção do antigo fenômeno da pobreza e nas políticas teorizadas e praticadas em relação a ela. O problema é, de fato, bem presente para os homens da revolução, que logo se movem para criar um Comitê de mendicância, uma instituição criada para prestar auxílios aos estratos mais necessitados da população. Não se trata, porém, de uma novidade absoluta: a revolução continua, em boa parte, a política já inaugurada pelo soberano absolutista, ainda que a tenha feito de maneira mais incisiva e sistemática. As novidades mais fortes emergem no terreno do debate político-jurídico.

6 Cf. B. TIERNEY, *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625* (Bologna, 2002).

Pensemos em Sieyès, um dos protagonistas e uma das mais lúcidas testemunhas do processo revolucionário. Sieyès não é um radical, todavia, ele introduz no debate um termo interessante: o ‘direito ao socorro’. O ‘direito ao socorro’ é a consequência natural de um raciocínio exemplarmente representativo do *ethos* revolucionário: se a comunidade solicita aos seus membros o empenho pela *respublica*, o sacrifício por ela, se necessário inclusive com a vida – esta é a argumentação de Sieyès – ela não pode permanecer cega e surda diante das necessidades dos seus membros mais desafortunados. Se, depois, olharmos para a componente jacobina da revolução, encontramos, ainda, uma tradução constitucional dessa nova solidariedade republicana: a constituição de 1793.

Na constituição de 1793, alguns artigos parecem efetivamente protótipos dos futuros direitos sociais: ela dispõe que a república deve se preocupar com a educação, com o trabalho, com a assistência a ser prestada aos cidadãos necessitados; fala-se do ‘débito sacro’ da comunidade política em relação aos seus membros⁷. De fato, essas expressões são significativas, e não por acaso o republicanismo e o radicalismo francês, durante todo o século XIX, continuarão a mencionar a revolução (e a fase jacobina da revolução) como a sua matriz⁸. É discutível, porém, se existia entre os constituintes a consciência da diferença conceitual que separa o ‘dever’ (da república) do ‘direito’ (do sujeito).

E é preciso ter presente, ainda, que o fenômeno da pobreza se apresenta nos anos da revolução com as características que o conotam há séculos. Será uma outra revolução – a revolução industrial – que decola entre os séculos XVIII e XIX na Grã-Bretanha, e que depois se difunde em tempos e ritmos diversos pelo restante da Europa – que vai mudar pela raiz as características da pobreza e os traços do conflito social. Muda a geografia social da pobreza porque ela não tem mais relação com os marginais e desenraizados, mas ameaça a vida cotidiana do proletariado: a nova classe social que vem se criando com a difusão da manufatura, com a invenção da nova célula produtiva, a fábrica. Adquire uma nova centralidade, em consequência da revolução industrial, o trabalho. Mudam a qualidade, a quantidade, as características estruturais e o impacto social do trabalho produtivo, e mudam os conflitos sociais inerentes a ele: os conflitos não são mais ‘*jacqueries*’ periféricas, improvisadas e efêmeras explosões de violência, mas se traduzem em tentativas e projetos de transformação político-social mais ou menos radical. Emerge, já na primeira metade do século XIX, na Inglaterra, na França, aquilo que os seus contemporâneos começam a chamar de a “questão social”⁹.

7 Cf. M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité* (Paris, 1993).

8 J. A. SCOTT, *Republican Ideas and the Liberal Tradition in France 1870-1914* (New York, 1951); C. NICOLET, *L’Idée républicaine en France* (Paris, 1982).

9 L. STEIN, *Sozialismus und Communismus des heutigen Frankreichs. Ein Beitrag zur*

Como resolver a questão social? As respostas são variadas e incompatíveis entre si, e continuarão a se confrontar, como veremos, durante todo o século XIX. Uma resposta, porém, já na primeira metade do século XIX, parte de uma ligação inédita e provocatória: a conexão entre ‘trabalho’ e ‘direito’, o direito pleno e absoluto de um sujeito, o ‘direito ao trabalho’. É um direito que, mesmo antes de 1848, Fourier, e, depois, Louis Blanc e Flora Tristan reivindicam como único direito verdadeiramente fundamental: um direito decisivo porque é o único capaz de assegurar a vida, de garantir a sobrevivência da massa dos sujeitos não-proprietários. E é justamente a ideia de um ‘direito ao trabalho’ que, a partir das barricadas parisienses dos anos 1830 e 1840, passa aos debates da assembleia constituinte de 1848.

Quando o mercado não basta para garantir o trabalho, o Estado deve intervir assegurando aos sujeitos o pleno emprego: eis a síntese da nova pretensão. Não se invoca somente o ‘débito sacro’ da nação: é muito mais um verdadeiro direito que se pretende atribuir ao sujeito, e da novidade desse direito estão convencidos todos os constituintes (tanto os favoráveis como os contrários à sua introdução).

Qual é o sentido de tal novidade? É justamente o conteúdo do direito ao trabalho que é novo: ao invés de pretender a não ingerência, a não intromissão do Estado na ação individual, o que se demanda é algo perfeitamente oposto, a ingerência do Estado, o empenho do Estado intervindo no processo econômico-social. É compreensível o efeito avassalador dessa pretensão. Toda a retórica antiabsolutista que está na base do constitucionalismo dos séculos XVIII e XIX que agia como uma das suas principais fontes de legitimação é subvertida. O direito do sujeito tem como conteúdo não um espaço vazio, mas uma zona preenchida pela intervenção positiva do Estado.

Por um lado, a liberdade e a propriedade do sujeito: os direitos civis, os ‘velhos’ direitos; por outro lado, um direito novo; novo, mas também incompatível, na opinião da maioria da assembleia, com a liberdade e a propriedade. Aquilo que separava os detratores dos fautores do novo direito era, substancialmente, o papel do Estado: o Estado como guardião da liberdade e da propriedade, de um lado, e, do outro, um Estado intervencionista, um Estado empenhado em tornar iguais, ou mais iguais, os sujeitos, não somente no plano jurídico-formal, mas também no plano da distribuição da riqueza e do poder¹⁰.

Zeitgeschichte (Leipzig, 1848) e L. STEIN, *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage*, I (Leipzig, 1850). Cf. M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell’ottocento tedesco* (Milano, 1979) p. 73 e ss.; F. M. DE SANCTIS, *Crisi e scienza*. Lorenz Stein. *Alle origini della scienza sociale* (Napoli, 1976).

10 Cf. J. DONZELOT, *L’invention du social. Essai sur le déclin des passions politiques* (Paris, 1984); P. CRAVERI, *Genesi di una costituzione. Libertà e socialismo nel dibattito costituzionale del 1848 in Francia* (Napoli, 1985); C. L. DE BONI (a cura di), *Il diritto al lavoro nel 1848* (Milano, 2002).

Portanto, é em torno da função do Estado, e da sua relação com a sociedade, que se polariza o contraste entre velhos e novos direitos, entre os direitos civis e aqueles que serão chamados de direitos sociais. Porém, não está em jogo somente o problema da função (intervencionista ou abstencionista) do Estado em relação à sociedade. Está em questão também outro aspecto, levantado no debate constituinte de 1848, mas destinado a emergir com maior clareza no final do século.

É um aspecto imanente ao próprio conceito de direito do sujeito. Atribuir um direito a um sujeito significa tornar juridicamente forte e inexpugnável a sua pretensão. Se os sujeitos têm direito a uma prestação pública (ao socorro, ao trabalho, à educação, etc.), eles passam a ter um poder inusitado e forte em relação ao soberano. Se eu posso obrigar o soberano a fazer algo por mim, a discricionariedade do seu poder fica comprometida, a plenitude da sua soberania é colocada em questão. Em particular, é redimensionado o poder de governar os sujeitos, de beneficiá-los, e ao mesmo tempo de controlá-los, que constitui um elemento de fundo nas estratégias da soberania, do antigo regime e durante todo o século XIX.

É toda uma estratégia de governo consolidada que é desafiada pela ideia de um sujeito capaz de reclamar, em relação ao soberano, uma precisa intervenção em favor das suas necessidades. Essa estratégia de governo afunda as suas raízes, como eu dizia, nas monarquias do antigo regime, mas não foi interrompida pela revolução francesa. Pelo contrário, ela progressivamente consolidou-se como uma indispensável ação de equilíbrio, que os poderes públicos não podiam deixar de exercitar diante de uma sociedade cada vez mais difícil e complexa.

Certamente, na primeira metade do século XIX, tanto na França como na Inglaterra, bem como no restante da Europa, o nascente liberalismo teorizava a centralidade e inviolabilidade dos direitos, da liberdade e da propriedade, e rejeitava com desdém qualquer dirigismo estatal, denunciando-o como um resíduo arcaico, um obstáculo ao desenvolvimento da propriedade e da civilização. Para o liberalismo mais rigoroso, o indivíduo é o artífice e o responsável pela sua sorte e não pode pedir à comunidade política, ao Estado, uma intervenção em favor das suas necessidades vitais. A sobrevivência e a afirmação de cada um são confiadas à iniciativa individual e às regras do mercado, ao jogo da oferta e da procura, e talvez a beneficência privada poderia vir em socorro dos necessitados, mas não a mão pública.

Essa estratégia era límpida e clara, mas tinha um defeito: o de confiar a paz social somente aos automatismos do mercado e à intervenção repressiva do Estado; duas forças importantes, mas cada vez menos capazes de frear, sozinhas, um conflito político-social cada vez mais profundo. As formas de conflito estavam se modificando. Os movimentos, de variada inspiração socialista, que se

opunham às elites políticas de formação liberal, estavam se organizando, tanto é que, no final do século XIX, primeiro na Alemanha, e depois em outros países europeus, os partidos socialistas tornam-se os primeiros grandes partidos de massa da idade contemporânea.

Começa a prevalecer, então, entre as classes dirigentes, uma estratégia de governo que já tinha sido delineada na primeira metade do século XIX: uma estratégia que, de um lado, defende a ordem proprietária existente dos ataques socialistas, mas, por outro lado, se descola do liberalismo doutrinário e atribui ao Estado tarefas novas e que exigiam empenho: a tarefa de mediar o conflito, de interferir em favor dos sujeitos frágeis, de agir como um potente fator de integração das classes subalternas; dessas classes que, se mantidas excessivamente à margem da sociedade, se deixadas sem qualquer sustento e assistência, podem desencadear conflitos perigosos para a estabilidade de todo o sistema. É nesse contexto que emergem as primeiras imagens de um novo tipo de Estado, o chamado Estado social, que viria a se desenvolver ao longo do século XX¹¹.

É o Estado que coloca ao lado da codificação civil as primeiras leis sociais, que reforça o próprio aparato administrativo e tenta, por essa via, governar os sujeitos; e governar quer dizer, mais uma vez, beneficiar e ao mesmo tempo controlar os sujeitos, na convicção de que somente dessa forma seria possível manter a distribuição do poder existente e deixar intactas as hierarquias sociais existentes. Esse é o esquema aplicado na França, na Inglaterra, na Itália e na Alemanha no final do século XIX, de maneiras diferentes, mas com relevantes convergências. Mas é na Alemanha, talvez, na Alemanha há pouco transformada em novo Estado, na Alemanha do chanceler Bismarck, que essa estratégia governamental encontra os seus maiores faustos.

Os direitos sociais não fazem e não podem fazer parte dessa estratégia: justamente porque os direitos parecem exaltar o protagonismo dos sujeitos em detrimento da iniciativa do governo. Isso não impede, porém, que os direitos sociais venham a fazer parte do debate público do final do século XIX; porém, eles entram nesse debate, por assim dizer, pela janela, e não pela porta principal.

São os partidos socialistas, e em particular a socialdemocracia alemã, que inserem nos seus programas uma longa série de direitos sociais. Enquanto partidos que se pretendem ortodoxamente marxistas, eles seriam induzidos a minimizar a importância dos direitos: não a reivindicação de direitos, mas o conflito econômico-social desembocará no salto revolucionário capaz de criar uma sociedade nova, emancipada da propriedade privada dos meios de produção e do consequente predomínio de uma classe. Então, se os direitos não parecem algo importante olhando para a futura sociedade sem classes, eles se revelam em todo o seu peso no quadro da sociedade existente. Justo por isso

11 Cf. F. EWALD, *L'état providence* (Paris, 1986).

os partidos socialistas combatem uma verdadeira ‘luta por direitos’: querem realizar a democracia, reivindicam direitos políticos, reclamam intervenção do Estado em favor das suas necessidades fundamentais. E estão conscientes de que os direitos sociais são incompatíveis com o reformismo autoritário que Bismarck usa para exorcizar o conflito em curso. Repete-se, em suma, no final do século XIX, com a reivindicação dos direitos sociais, um fenômeno que havia acompanhado todo o discurso dos direitos a partir do século XVIII: a luta pelos direitos parece dificilmente separável da luta por uma ordem alternativa. A luta pelos direitos, inclusive pelos direitos sociais, implica uma projeção na direção do futuro, uma tensão projetual.

A passagem do projeto à realização, ou ao menos uma primeira entrada dos direitos sociais em uma ordem jurídico-positiva, aconteceu na Alemanha, logo depois da primeira guerra mundial, com a constituição de Weimar, de 1919. Com essa constituição, a Alemanha, que saiu derrotada da guerra, tenta tornar-se uma democracia constitucional. Não é uma tarefa fácil, dados os problemas econômicos e a alta conflitualidade política e social. A própria assembleia constituinte é profundamente dividida entre forças de direita, deputados democrata-cristãos, democrata-radicais e socialdemocratas. A constituição produzida por eles será, de fato, insistentemente acusada de ser uma roupa de Arlequim, um mero compromisso entre princípios incompatíveis. Na verdade, a constituição de Weimar não é somente o fruto de compromissos extemporâneos. Transparece nela a exigência de acolher e de dar relevância constitucional às três classes de direitos que até então tinham emergido, os direitos civis, os direitos políticos e os direitos sociais: o seu desafio é conciliar o princípio da autonomia do sujeito com a salvaguarda da sua dimensão social, da sua responsabilidade social.

É exemplar a posição do jurista Naumann, que insiste com sucesso na necessidade de acolher na constituição um amplo leque de direitos. Não é mais possível – sustenta Naumann – fechar-se nos modelos oitocentistas, dispostos a reconhecer somente a liberdade e a propriedade. Não é mais possível porque a sociedade e a economia mudaram profundamente, socializaram-se profundamente, e não é mais possível porque estourou, dois anos antes, a inesperada e histórica revolução soviética e foi feita, na União Soviética em 1918, uma nova constituição onde os direitos sociais têm uma posição de todo respeito. Certamente – continua Naumann – queremos defender a nossa civilização, e, portanto, um componente essencial dela: a liberdade e a propriedade. Devemos, porém, acolher o desafio dos *soviet* e projetar uma ordem onde os velhos direitos, os direitos civis, sejam acompanhados não somente de direitos políticos, mas também de direitos sociais¹².

12 F. NAUMANN, Intervento, in *Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung* (Aktenstück n. 391) (Berlin, 1920) p. 179-180. Cf. G. GOZZI, *Democrazia e diritti*. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale (Roma-

Naumann defende, no fundo, a ‘terceira via’ (terceira em relação ao liberalismo e ao socialismo) que se tornara no final do século XIX a estrada preferida das classes dirigentes. A novidade decisiva é que a terceira via, agora, é confiada não à intervenção discricionária e autoritária do governo, mas a uma espessa rede de direitos elevados à categoria de direitos constitucionais. A ênfase recai, agora, não nas escolhas discricionárias do governo, mas nas escolhas, juridicamente relevantes, dos sujeitos.

Pela primeira vez, então, os direitos sociais passam a fazer parte a pleno título de um ordenamento positivo, entrando inclusive pela porta solene de uma carta constitucional. Na verdade, porém, essa entrada é menos triunfal do que parece, porque encontra uma linha de fogo na mais aguerrida doutrina. O argumento principal, que terá um notável sucesso, é formulado por Carl Schmitt. É verdade que os direitos sociais alcançaram o *status* de direitos constitucionais, de direitos fundamentais, dotados da mesma relevância que os direitos de liberdade. Os direitos sociais, de fato (ou melhor, os direitos socialistas, como os chama Schmitt), pela sua própria natureza, não são absolutos, mas condicionados: dependem, para a sua efetiva realização, das decisões do soberano, do legislativo e do executivo. Mais uma vez, então, os únicos e verdadeiros direitos fundamentais continuam sendo os direitos civis (a liberdade e a propriedade)¹³.

Como demonstra a posição de Schmitt, a acolhimento dos direitos sociais não é completo, não obstante Weimar. Também é verdade, porém, que depois da constituição de 1919, é difícil simplesmente fazer de conta que nada aconteceu; o problema dos direitos sociais está definitivamente sobre a mesa e não pode ser elidido.

Certamente, essa afirmação pode parecer paradoxal se considerarmos a breve duração da república de Weimar e o triunfo, nos anos 1930, na Alemanha e na Itália, de formas diversas, mas aparentadas, de ‘totalitarismo’. Neles os direitos sociais desaparecem completamente, pelo simples fato de que é o próprio conceito de direito do sujeito que é colocado no banco dos réus (com maior ou menor radicalidade, dependendo do contexto). A autonomia do sujeito e os seus direitos aparecem como o resquício do liberalismo individualista que o novo culto do povo-raça ou da nação expansionista e agressiva rejeitou como algo do passado. Desaparecem os direitos sociais, mas não desaparece absolutamente o intervencionismo do Estado no processo econômico-social. O Estado fascista e nacional-socialista multiplica as intervenções assistenciais e organizativas. E, justo por isso, um orgulhoso crítico do Estado social, o economista austríaco Hayek, sustentará, no seu *The Road to Serfdom*, a tese de uma nefasta continuidade entre a socialdemocracia anterior à guerra e o totalitarismo fascista no

Bari, 1999), p. 77 e ss.

13 C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (Milano, 1984).

campo do intervencionismo estatal. Na verdade, o principal elemento de continuidade entre o Estado totalitário e os Estados da Europa oitocentista deve ser procurado na ideia de poder governante, capaz de beneficiar e ao mesmo tempo de controlar as massas¹⁴.

É esse, talvez, o fio condutor que, partindo do antigo regime, alcança o Estado social oitocentista e circula no interior do Estado totalitário. Ao lado de tal elemento de continuidade, existem, porém, e são historicamente determinantes, elementos de radical descontinuidade: o intervencionismo social dos regimes totalitários é funcional, antes de mais nada, à salvaguarda da ordem interna, à política de potência e de agressão às quais esses regimes tendem constitutivamente, sendo totalmente indiferente às necessidades (para não dizer aos direitos) do indivíduo.

O totalitarismo fascista e nacional-socialista dá lugar a um Estado social que pressupõe a anulação do indivíduo e dos seus direitos. É compreensível, então, que as filosofias antitotalitárias que começam a se desenvolver nos anos 1930 convirjam, mesmo partindo de pressupostos muito diferentes, na valorização da autonomia da pessoa, na centralidade dos direitos e na necessária complementaridade dos direitos civis, políticos e sociais.

Alguns exemplos. Pense-se no liberal-socialismo de Rosselli, e, depois, de Calogero. A liberdade é essencial, mas ela não coincide com a tutela de um espaço individual protegido e inviolável, ela é também liberdade social, liberdade da necessidade, empenho participativo. A liberdade deve andar junto com a justiça sem se identificar com a defesa do privilégio econômico de uma minoria¹⁵.

Pense-se, ainda, em uma tradição radicalmente diferente: o catolicismo, sobretudo o francês, dos anos 1930 e 1940, ao personalismo de Maritain e Mounier. Colocar a pessoa no centro da ordem: é sobre essa base que Maritain, entre 1936 e 1943, faz uma escolha cada vez mais clara pela democracia. E democracia significa contraposição aos totalitarismos, em razão do primado do sujeito; mas significa, também, distância do liberalismo oitocentista em favor de uma nova concepção de liberdade, socialmente aberta e responsável¹⁶.

São essas as perspectivas e as convergências que, no imediato pós-guerra, permitem que se abra, na Itália, durante a assembleia constituinte, um diálogo construtivo entre forças políticas profundamente diferentes, entre católicos como La Pira, socialistas como Basso, comunistas como Togliatti. O ponto de

14 Cf. M. FOUCAULT, La 'governamentalità', in *Aut Aut* 167-168 (1978), p. 12-29; M. FOUCAULT, Biopolítica e liberalismo (Milano, 2001). Cf. G. BURCHELL, C. GORDON, P. MILLER (a cura di), *Studies in Governmentality, with two lectures by and an interview with Michel Foucault* (London, 1991).

15 Cf. M. BOVERO, V. MURA, F. SBARBERI (a cura di), *I dilemmi del liberalsocialismo* (Roma, 1994); F. SBARBERI, *L'utopia della libertà eguale. Il liberalismo sociale da Rosselli a Bobbio* (Torino, 1999).

16 Cf. G. GALEAZZI, *Jacques Maritain: un filosofo per il nostro tempo* (Milano, 1999).

encontro deles é exatamente a centralidade do sujeito e dos direitos, e a convicção de que somente a multiplicação dos direitos (civis, políticos e sociais) é capaz de possibilitar o desenvolvimento pleno da pessoa.

Não se trata, além disso, de uma orientação somente italiana, mas de uma linha de tendência presente em todo o constitucionalismo do segundo pós-guerra, como na Declaração universal dos direitos do homem, elaborada pela Organização das Nações Unidas em 1948. Encontramos nos trabalhos preparatórios da Declaração de 1948 uma tendência análoga, nas suas características de fundo, àquelas das assembleias constituintes nacionais, com exceção das diferenças macroscópicas vinculadas à diversidade de contextos. Na assembleia da ONU, o conflito é forte e são facilmente avistáveis os primeiros sintomas da futura ‘guerra fria’. A ‘clássica’ tensão entre direitos civis e políticos, de um lado, e direitos sociais, de outro, presta-se perfeitamente como prefiguração do jogo de oposição – dominante no debate dos anos 1950 – entre as duas liberdades e as duas democracias (ocidental ou oriental; formal ou substancial). É preciso, porém, evitar simplificar o debate preparatório da Declaração de 1948 atribuindo aos soviéticos o monopólio da defesa dos direitos sociais, e aos ocidentais a exaltação da liberdade e da propriedade. Na verdade, para além do jogo de partido e para além do ritual de acusações recíprocas, o vínculo entre classes diferentes de direitos estava inscrito no próprio clima histórico do qual a Declaração dependia: as quatro liberdades rooseveltianas, a filosofia de guerra antifascista, a esperança renovadora de uma ordem nova. Mais uma vez, o processo constituinte na Europa e a redação da Declaração de 1948 procedem paralelamente e respondem, de maneiras diversas, ao mesmo *input* histórico e à mesma filosofia projetual: construir a ordem nova sobre o primado da pessoa e sobre a multiplicação dos seus direitos.

A mesma inspiração, que sustenta os vários processos constituintes e a formulação da Declaração de 1948, circula entre os documentos que desejam a criação - já nos anos 1930, e depois nos anos da guerra – de uma ordem transnacional, de uma nova arquitetura europeia, com forte inspiração federalista, capaz de conter as tendências despóticas inerentes ao onipotente Estado sete-oidocentista. Para os antifascistas da “*Giustizia e libertà*”, para Rossi, para Spinelli (autor do *Manifesto di Ventotene*), somente o federalismo (externo, mas também interno) seria capaz de garantir os direitos fundamentais dos sujeitos contra as prepotências dos Estados em particular¹⁷; e tais direitos eram, antes de tudo, direitos de liberdade, mas inseparáveis da justiça, conforma a perspectiva liberal-socialista teorizada por Rosselli, e depois por Calogero.

17 C. MALANDRINO, *Socialismo e libertà. Autonomie, federalismo, Europa da Rosselli a Silone* (Milano, 1990); P. GRAGLIA, *Unità europea e federalismo. Da ‘Giustizia e Libertà’ ad Altiero Spinelli* (Bologna 1996).

Faz parte integrante da cultura constituinte e projetual do segundo pós-guerra o princípio que será chamado de indivisibilidade dos direitos: um princípio que continuará a ser declarado e confirmado pelos sucessivos documentos internacionais: basta lembrar da redação, em 1966, de dois tratados internacionais (o *International Covenant on Civil and Political Rights* e o *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*), que entraram em vigor (depois da necessária ratificação do 35º Estado) em 1976. Os pressupostos programáticos da Declaração universal dos direitos do homem sobreviveram ao tempo, e ainda parecem adquirir uma força vinculante maior¹⁸.

É preciso refletir, enfim, sobre um aspecto ulterior: o estatuto que os direitos sociais vieram a assumir nas novas democracias constitucionais, e talvez com clareza ainda maior no quadro do ordenamento internacional. No segundo pós-guerra, no novo ambiente político-cultural, todos os direitos, não somente os direitos civis, mas também os direitos políticos e sociais, são concebidos como ‘direitos humanos’: como direitos atribuíveis ao ser humano enquanto tal; ao mesmo tempo e consequentemente, todos os direitos são considerados fundamentais: como pilares da ordem e condição de legitimidade do Estado. Em relação ao século XIX, não muda somente o ‘catálogo’ dos direitos (que agora compreende, ao lado dos direitos civis, também os direitos políticos e sociais): mudam também o fundamento dos direitos e a relevância deles no ordenamento. No século XIX, uma vez decaído o jusnaturalismo, os direitos se movem na órbita do Estado-nação, o que incidia não somente no seu modo de realização, mas também no seu fundamento. No segundo pós-guerra, ao contrário, é aguda a insatisfação com o juspositivismo oitocentista e é forte a exigência de afirmar a inviolabilidade dos direitos, a indisponibilidade deles pelo poder político: os direitos não dependem do Estado, mas tornam-se o principal critério da sua legitimidade.

Muda, portanto, o estatuto dos direitos e essa mudança envolve os direitos civis e os direitos políticos tanto quanto os direitos sociais: que se tornam, ao mesmo tempo, humanos e fundamentais e, longe de depender das decisões do soberano, pretendem vinculá-lo e direcionar as suas ações.

Podemos dar por adquirido, então, o modelo normativo que emergiu no entusiasmo fundador do segundo pós-guerra? Creio que uma conclusão desse tipo seria excessivamente fácil e esquemática. Na realidade, ainda que o princípio da indivisibilidade dos direitos continue a ser afirmado, assim como continuam a ser sublinhados o vínculo imediato entre os direitos do sujeito e o papel fundante deles para o ordenamento, a relação entre as diversas classes de direi-

18 Cf. G. ALFREDSSON, A. EIDE (a cura di), *The Universal Declaration of Human Rights. A Common Standard of Achievement* (The Hague-Boston-London, 1999); A. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo* (Roma-Bari, 2004).

tos, e a centralidade e autossuficiência deles em relação à política, eles voltam a se apresentar em mais de uma ocasião em sua face problemática.

É verdade que assistimos, nos últimos sessenta anos, a repetidas formulações, frequentemente enfáticas, nos documentos internacionais, dos mais diversos direitos sociais; mas é igualmente verdadeiro que para eles volta sempre a se colocar a dificuldade principal com a qual se defronta a hodierna linguagem dos direitos humanos: o abismo dramático entre a enunciação dos direitos e a efetivação deles. Atribuir direitos, e proceder à realização deles não é, de fato, realizar um gesto puramente simbólico; mas é, também, incidir sobre a distribuição dos recursos e sobre a repartição do poder. Podemos com alguma facilidade tomar distância em relação ao Estado e à política quando nos ocupamos do fundamento da enunciação dos direitos; mas, no final, devemos novamente prestar contas com o Estado, com a política, com os interesses e com os conflitos quando passamos da formulação para a realização dos direitos sociais.

É compreensível, então, que volte a ser levantada, em relação aos direitos sociais, a objeção formulada já nos anos de Weimar e retomada no segundo pós-guerra: os direitos sociais têm uma relevância ‘condicionada’, dependem do andamento da economia e das escolhas políticas contingentes, e não podem gozar, portanto, do caráter ‘absoluto’ característico dos direitos de liberdade. Tais reservas não parecem ter minado pela raiz, ao menos em linha de princípio, o caráter ‘indivisível’ dos direitos mencionados pelo *International Bill of Rights*, mas adquirem um peso ainda maior na medida em que os ciclos econômicos pioram e na medida em que se torna mais forte a crise do Estado social.

Se observarmos, ainda, a trajetória do desenvolvimento da União Europeia – o outro grande cenário dentro do qual se realiza o modelo democrático-constitucional do segundo pós-guerra – o vínculo de complementaridade entre direitos civis e direitos sociais parece submetido a tensões ainda mais fortes; sobretudo a tensões que não parecem vinculadas somente às contingentes vicissitudes dos fluxos econômicos, mas parecem inscritas no próprio processo de construção da nova ordem. Trata-se de uma ordem que nasce, também, do clima antitotalitário do segundo pós-guerra, alimentando-se da convicção da estrita complementaridade que deve existir entre liberdade e igualdade, entre liberdade e justiça, entre direitos civis e direitos políticos; mas trata-se, ainda, de uma ordem que se realiza de maneira mais cautelosa e tortuosa em relação àquilo que o Spinelli do *Manifesto* teria imaginado, seguindo uma estratégia que encontra no mercado, na livre circulação e na livre concorrência, o seu motor principal. Essa é a tensão (de certa forma) originária que continua presente no atual cenário da União Europeia: por um lado, a Europa do mercado, da polêmica contra qualquer intervenção artificial, tendentemente despótica, do poder político, da negação de qualquer ‘engenharia social’, da ideia do caráter natural e providencial do mercado: em uma palavra, do modelo levado recentemente a uma siste-

mática completude por Friedrich von Hayek; de outro, a ideia – já delineada por Heller nos anos 1930 – de um ‘*sozialer Rechtsstaat*’ [Estado social de direito], a ideia de um Estado de direito fundado na obrigatória sinergia entre direitos civis, políticos e sociais; do princípio, característico da cultura constitucionalista e internacional do final do século XX, da indivisibilidade dos direitos e da necessária complementaridade entre liberdade e direitos sociais; um princípio que continua a dar os seus frutos e a ser traduzido em documentos de indubitável relevância (basta pensar, por exemplo, na Carta de Nice).

Certamente, não faltam sinais de uma difundida aspiração a alcançar pontos de equilíbrio que deixem para trás essas ‘clássicas’ dicotomias. Não podemos, portanto, excluir que a tensão entre direitos civis e direitos sociais, entre liberdade e igualdade, entre liberdade e justiça, consiga compor-se em uma síntese superior, e que a nova Europa consiga recolher a herança, *mutatis mutandis*, do modelo democrático-constitucional construído no segundo pós-guerra¹⁹. Ainda que isso acontecesse, pelo menos uma outra tensão provavelmente manteria a sua dramática atualidade; uma tensão que diria respeito não mais à relação entre direitos, mas à relação entre sujeitos.

Os direitos (civis, políticos e sociais) assumidos como pilar dos ordenamentos democrático-constitucionais são cada vez mais apresentados como direitos humanos, como direitos do ser humano enquanto tal. Isso deveria conduzir, porém, a uma consequência que, politicamente, socialmente e culturalmente, exige muito empenho: fazer coincidir os direitos dos cidadãos com os direitos do homem. Não posso excluir que a Europa, que temerariamente escolheu como próprio hino a mensagem universalista schilleriana-beethoveniana, decida em algum futuro levar à sério as valências universalistas da sua tradição. Por ora, parece-me que a sua política (e mais ainda as políticas dos Estados-membros em particular) esteja adotando e reforçando uma estratégia diferente; uma estratégia fundada na diferenciação dos sujeitos e no enrijecimento das fronteiras²⁰; uma estratégia que insiste na irredutível diversidade entre os cidadãos e os meros residentes; entre o dentro e o fora; entre nós e eles; entre cidadãos e estranhos; uma estratégia que pode até pretender manter de pé o vínculo de complementaridade entre direitos diversos, mas tem maiores dificuldades em aplicar a lógica dos direitos iguais para sujeitos diferentes.

19 Cf. S. SCIARRA, *Diritti sociali. Riflessioni sulla carta europea dei diritti fondamentali*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2 (2001) p. 391-412; F. PIZZOLATO, *Il sistema di protezione sociale nel processo di integrazione europea* (Milano, 2002); S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea* (Bologna, 2003); S. SCIARRA, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento europeo: storia e prospettive di una controversa costituzionalizzazione*, in D. GAROFALO, M. RICCI (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro* (Bari, 2006) p. 41-54; A. CANTARO, *Il diritto dimenticato. Il lavoro nella costituzione europea* (Torino, 2007).

20 Cf. E. RIGO, *Europa di confine. Trasformazioni della cittadinanza nell'Unione allargata* (Roma, 2007).

REFERÊNCIAS

- A. ANDREONI, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali* (Torino, 2006).
- A. CANTARO, *Il diritto dimenticato. Il lavoro nella costituzione europea* (Torino, 2007).
- A. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo* (Roma-Bari, 2004).
- A. SERRANO GONZALEZ, *Como lobo entre ovejas* (Madrid, 1992).
- B. GEREMEK, *La pietà e la forza: storia della miseria e della carità in Europa* (Bari, 1995).
- B. TIERNEY, *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625* (Bologna, 2002).
- C. L. DE BONI (a cura di), *Il diritto al lavoro nel 1848* (Milano, 2002).
- C. MALANDRINO, *Socialismo e libertà. Autonomie, federalismo, Europa da Rosselli a Silone* (Milano, 1990).
- C. NICOLET, *L'Idée républicaine en France* (Paris, 1982).
- C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (Milano, 1984).
- E. RIGO, *Europa di confine. Trasformazioni della cittadinanza nell'Unione allargata* (Roma, 2007).
- F. EWALD, *L'état providence* (Paris, 1986).
- F. M. DE SANCTIS, *Crisi e scienza. Lorenz Stein. Alle origini della scienza sociale* (Napoli, 1976).
- F. NAUMANN, Intervento, in *Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung* (Aktenstück n. 391) (Berlin, 1920), p. 179-180.
- F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana* (Milano, 1999).
- F. PIZZOLATO, *Il sistema di protezione sociale nel processo di integrazione europea* (Milano, 2002).
- F. SBARBERI, *L'utopia della libertà eguale. Il liberalismo sociale da Rosselli a Bobbio* (Torino, 1999).
- G. ALFREDSSON; A. EIDE (a cura di), *The Universal Declaration of Human Rights. A Common Standard of Achievement* (The Hague-Boston-London, 1999).

G. BURCHELL; C. GORDON; P. MILLER (a cura di), *Studies in Governmentality, with two lectures by and an interview with Michel Foucault* (London, 1991).

G. CASADIO (a cura di), *I diritti sociali e del lavoro nella Costituzione italiana* (Roma, 2006).

G. GALEAZZI, *Jacques Maritain: un filosofo per il nostro tempo* (Milano, 1999).

G. GOZZI, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale* (Roma-Bari, 1999).

J. A. SCOTT, *Republican Ideas and the Liberal Tradition in France 1870-1914* (New York, 1951).

J. DONZELOT, *L'invention du social. Essai sur le déclin des passions politiques* (Paris, 1984).

L. STEIN, *Socialismus und Communismus des heutigen Frankreichs. Ein Beitrag zur Zeitgeschichte* (Leipzig, 1848).

L. STEIN, *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage, I* (Leipzig, 1850).

M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité* (Paris, 1993).

M. BOVERO; V. MURA; F. SBARBERI (a cura di), *I dilemmi del liberalsocialismo* (Roma, 1994).

M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco* (Milano, 1979).

M. FOUCAULT, *Biopolitica e liberalismo* (Milano, 2001).

M. FOUCAULT, La "governamentalità", in *Aut Aut* 167-168 (1978), p. 12-29.

P. CARETTI, *I diritti fondamentali: libertà e diritti sociali* (Torino, 2004).

P. CRAVERI, *Genesi di una costituzione. Libertà e socialismo nel dibattito costituzionale del 1848 in Francia* (Napoli, 1985).

P. GRAGLIA, *Unità europea e federalismo. Da "Giustizia e Libertà" ad Altiero Spinelli* (Bologna, 1996).

P. PIASENZA, *Polizia e città: strategie d'ordine, conflitti e rivolte a Parigi tra Sei e Settecento* (Bologna, 1990).

R. PILIA, *I diritti sociali* (Napoli, 2005).

S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea* (Bologna, 2003).

S. SCIARRA, *Diritti sociali. Riflessioni sulla carta europea dei diritti fondamentali*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2 (2001), p. 391-412.

S. SCIARRA, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento europeo: storia e prospettive di una controversa costituzionalizzazione*, in D. GAROFALO; M. RICCI (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro* (Bari, 2006), p. 41-54.

O IMPERATIVO AXIOLÓGICO NA JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA: RUMO A UMA ESTRUTURAÇÃO DOS FUNDAMENTOS INTERPRETATIVOS¹

THE AXIOLOGICAL IMPERATIVE IN EUROPEAN CASE LAW: TOWARDS A STRUCTURING OF INTERPRETATIVE FOUNDATIONS

SÉBASTIEN TOUZÉ²

RESUMO

Este artigo propõe uma reflexão aprofundada sobre a função interpretativa da Corte Europeia dos Direitos Humanos diante do crescente imperativo axiológico. Sustenta que a jurisprudência de Estrasburgo, embora permeada por referências a valores fundamentais — dignidade, pluralismo, autonomia e igualdade —, padece de um déficit de estruturação normativa. Essa indeterminação enfraquece a clareza, a previsibilidade e a legitimidade de suas decisões, sobretudo nos casos socialmente mais sensíveis. Defende-se uma explicitação sistêmica dos fundamentos axiológicos da Convenção, com a elevação da noção de “sociedade democrática” à condição de princípio estruturante, com uma função normativa explícita, à semelhança das jurisdições interamericana e das Nações Unidas. Essa normatização dos valores permitiria reforçar a autoridade hermenêutica da Corte, esclarecer o emprego da margem de apreciação, assegurar coerência transversal na interpretação dos direitos e garantir a aceitabilidade da jurisprudência nas ordens jurídicas internas. A Corte poderia, assim, reafirmar sua vocação de garantidora dos direitos fundamentais em um contexto de crescente contestação normativa.

PALAVRAS-CHAVE: Corte Europeia dos Direitos Humanos. Interpretação axiológica. Dignidade humana. Sociedade democrática. Pluralismo.

ABSTRACT

This article offers a thorough analysis of the interpretative function of the European Court of Human Rights in the face of an increasing axiological imperative. It argues that, while Strasbourg case law frequently invokes fundamental values (dignity, pluralism, autonomy, equality), it remains marked by a lack of normative structure. This axiological indeterminacy undermines the clarity, predictability, and legitimacy of the Court's decisions, particularly in sensitive societal cases. The author calls for a systematic articulation of the Convention's axiological foundations, proposing to elevate the notion of a “democratic society” to a structuring principle and to embrace an explicit normative function, in the spirit of the Inter-American and UN human rights systems. Such a normalization of core values would enhance the Court's hermeneutical authority, clarify the scope of the margin of appreciation, ensure interpretative coherence across rights, and facilitate national acceptance of its rulings. In doing so, the Court would reaffirm its role as the common guarantor of fundamental rights in an era of growing normative contestation.

KEYWORDS: European Court of Human Rights. Axiological interpretation. Human dignity. Democratic society. Pluralism.

RESUMEN

Este artículo ofrece un análisis profundo sobre la función interpretativa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante el imperativo axiológico contemporáneo. El autor sostiene que, a pesar de

1 Tradução para o português: Maria Clara Vieira Martins Farias. Título original: “*L’impératif axiologique dans la jurisprudence européenne : vers une structuration des fondements interprétatifs*”.

2 Professor da Universidade Paris Panthéon-Assas. Diretor da Fundação René Cassin.

la utilización reiterada de valores fundamentales (dignidad, pluralismo, autonomía, igualdad), la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo adolece de una falta de estructuración normativa explícita. Esta indeterminación axiológica debilita la claridad, la previsibilidad y la legitimidad de las decisiones del Tribunal, especialmente en asuntos sensibles desde el punto de vista social y político. Se propone una clarificación sistemática de los fundamentos axiológicos de la Convención, haciendo de la noción de “sociedad democrática” un principio estructurante y asumiendo una función normativa explícita, en línea con los sistemas interamericano y de Naciones Unidas. Esta normalización de los valores permitiría reforzar la autoridad hermenéutica del Tribunal, redefinir el uso de la margen de apreciación, garantizar la coherencia transversal de los derechos y mejorar la recepción de la jurisprudencia en los órdenes jurídicos internos. Así, el Tribunal podría reafirmar su papel como garante común de los derechos fundamentales ante las crecientes tensiones normativas del espacio europeo.

PALABRAS CLAVE: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Interpretación axiológica. Dignidad humana. Sociedad democrática. Pluralismo.

INTRODUÇÃO

A Convenção Europeia dos Direitos Humanos não é apenas um catálogo de garantias individuais; desde sua entrada em vigor, ela constitui um quadro de valores fundamentais que os Estados Partes se comprometem a respeitar, proteger e promover. Desde sua criação, e sobretudo, após sua transformação, em 1998, a Corte Europeia dos Direitos Humanos é a intérprete privilegiada desse compromisso. Essa função hermenéutica, essencial em um sistema desprovido de constituição formal, sempre oscilou, contudo, entre a fidelidade aos termos do texto convencional e a elaboração pragmática de princípios subjacentes. A Corte demonstrou notável capacidade de adaptação, consolidando progressivamente uma jurisprudência viva, flexível e capaz de abarcar a diversidade das tradições jurídicas nacionais.³ Essa construção jurisprudencial, fundada em uma interpretação dinâmica da Convenção, repousa, todavia, sobre um fundamento frequentemente implícito: a referência a valores presumidamente comuns — como a dignidade, pluralismo, igualdade, justiça — cuja consistência normativa, hierarquia e articulação permanecem amplamente indeterminadas.⁴

Ora, essa indeterminação axiológica tornou-se fonte de diversas dificuldades jurídicas, políticas e institucionais. Ela remete, com efeito, a uma lacuna

3 TOUZÉ, S. “La Convention européenne des droits de l’homme : un instrument vivant au cœur des défis contemporains”. R.T.D.H., 2025.

4 Sobre o tema, ver: BLANC-FILLY, Ch. Les valeurs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme. Essai critique sur l’interprétation axiologique du juge européen. Bruxelles: Larcier, 2016. 756 p. (Coleção “Droit de la Convention européenne des droits de l’homme”). Ao término de uma análise aprofundada da jurisprudência, a autora demonstra que a Corte mobiliza de forma recorrente determinados valores fundamentais — dignidade, pluralismo, autonomia e justiça —, sem, contudo, estabelecê-los em princípios estruturantes de seu raciocínio. Ela ressalta a ambivalência do recurso a valores frequentemente mais retórico do que normativo, a fragilidade de sua sistematização e a dificuldade de identificar um verdadeiro método autônomo de interpretação axiológica. Essa tese fundadora evidencia, assim, os limites de uma axiologia jurisprudencial fragmentada, concorrente com outras lógicas interpretativas, como a evolução social, o consenso europeu e o respeito ao princípio da subsidiariedade.

fundamental do direito internacional dos direitos humanos: a ausência, para além das garantias formais, de uma teorização jurídica explícita dos valores que ele incorpora. Embora a prática dos órgãos das Nações Unidas, em especial dos comitês de tratados, tenha permitido delinear alguns princípios orientadores — por meio das diferentes observações gerais, das comunicações individuais ou das diretrizes —, ela continua marcada pela heterogeneidade das abordagens e pelo caráter não vinculante dos instrumentos que os afirmam. O sistema interamericano, por sua vez, procurou estabelecer um quadro axiológico definido, enfatizando particularmente na indivisibilidade e na interdependência dos direitos humanos. O sistema africano, por outro lado, consagrou a dignidade humana como princípio fundador de sua prática interpretativa. Em comparação, o sistema europeu padece de certa ambiguidade normativa: reconhece valores e os mobiliza, mas encontra dificuldades para formulá-los de modo explícito e, sobretudo, oponível. A comparação entre esses sistemas revela uma divergência estrutural quanto à maneira pela qual as jurisdições internacionais assumem sua função axiológica.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos adotou, desde muito cedo, uma postura normativa explícita: afirmar que a Convenção Americana se fundamenta em valores democráticos fundamentais, identificados e articulados em suas decisões. A Corte não hesita em ancorar seus raciocínios em princípios como a dignidade humana, a solidariedade social ou a justiça reparatória.⁵ A Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, embora mais recente, inscreve suas decisões em uma leitura integrada da Carta Africana, na qual os direitos são indissociáveis dos deveres e dos valores comunitários.⁶ Em ambos os casos,

5 Ver, especialmente: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Corte IDH). Opinião Consultiva OC-18/03: Parecer consultivo de 17 set. 2003, § 64: “O respeito ao direito e aos direitos humanos dos migrantes fundamenta-se nos princípios da dignidade humana, da liberdade e da igualdade”; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Corte IDH). Gelman c. Uruguai. Sentença de mérito e reparações de 24 fev. 2011, § 239: “O respeito absoluto aos direitos humanos constitui condição indispensável de toda democracia”; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Corte IDH). Opinião Consultiva OC-20/09. Parecer consultivo de 29 nov. 2009, § 66: “A dignidade humana constitui a base axiológica sobre a qual se assenta o sistema interamericano”..

6 BURGORGUE-LARSEN, L. Les trois Cours régionales des droits de l’Homme in contexte – La justice qui n’allait pas de soi. Paris: Pedone, 2020. p. 153. Ver também: CORTE AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS (Corte ADHP). Konaté c. Burkina Faso. Sentença de 5 dez. 2014, § 127, na qual a Corte recorda que a Carta Africana deve ser interpretada à luz de seu espírito próprio, considerando “os valores africanos de solidariedade, de respeito à comunidade e aos deveres”; CORTE AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS (Corte ADHP). Tanganyika Law Society e outros c. Tanzânia. Sentença de 14 jun. 2013, § 106, na qual a Corte ressalta que “a Carta não reconhece apenas os direitos, mas também os deveres do indivíduo perante a sociedade”, e que essa abordagem holística constitui uma especificidade do sistema africano; CORTE AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS (Corte ADHP). Actions pour la Protection des Droits de l’Homme (APDH) c. Côte d’Ivoire. Sentença de 18 nov. 2016, § 133, afirmando que a implementação dos direitos humanos na África deve respeitar “o equilíbrio entre os direitos individuais e o interesse da

a função jurisdicional é acompanhada de uma intenção evidente de orientação normativa.

Em sentido inverso, a Corte Europeia parece privilegiar uma abordagem incremental e casuística, marcada pela busca de equilíbrio e pela prudência institucional.⁷ Se esse método permitiu, incontestavelmente, assegurar ampla aceitabilidade às suas decisões, hoje ele alcança seus limites. Em um contexto marcado pelo enfraquecimento do consenso democrático, pela ascensão dos nacionalismos jurídicos e pelo crescente questionamento das instituições europeias, a ausência de uma formalização clara dos valores essenciais da Convenção fragiliza a coerência e a autoridade do sistema de proteção. Esse fenômeno insere-se em uma dinâmica mais ampla de reconfiguração dos espaços normativos, na qual a referência aos direitos humanos deixa de ser um horizonte comum para se tornar, em determinadas circunstâncias, terreno de confronto ideológico. O pluralismo, por muito tempo assumido como uma riqueza, passa reiteradamente a servir de pretexto para reivindicações de soberania normativa absoluta; a subsidiariedade, concebida como método de diálogo, é utilizada para deslegitimar qualquer forma de controle externo.

Essa crise profunda do sistema é, a um só tempo, política e epistemológica. Ela contesta os fundamentos do direito internacional dos direitos humanos enquanto sistema estruturante, fundado em princípios de alcance universal, oponíveis às vontades majoritárias e às identidades particulares. Nesse contexto, as jurisdições internacionais — e, em primeiro lugar, a Corte Europeia — já não são chamadas apenas a julgar a conformidade de uma medida com uma norma convencional, mas também a legitimar sua própria autoridade para dizer o direito em matérias social, moral ou identitariamente sensíveis. A resposta que se espera da Corte, nesse sentido, já não é apenas jurídica: tornou-se axiológica. Contudo, na ausência de um quadro claro e compartilhado dos valores que devem orientar a interpretação convencional, essa legitimação torna-se incerta e até vulnerável a acusações de relativismo, politização ou subjetividade jurídica.

Nesse sentido, nas causas mais sensíveis, não está em jogo apenas o alcance de um direito específico — quer se trate da liberdade de expressão em contexto de segurança⁸, do reconhecimento das identidades de gênero⁹ ou da

comunidade”.

7 Entretanto, a Corte Europeia de Direitos Humanos afirmou, já em 1976, que ela se destina “a salvaguardar e promover os ideais e valores de uma sociedade democrática”. Ver: Corte EDH. Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Dinamarca. Sentença de 7 dez. 1976. Requerimentos n. 5095/71, 5920/72 e 5926/72, § 53.

8 Corte EDH, sentença de 15 de outubro de 2015, *Perinçek vs. Suíça*, pet. n.º 27510/08; Corte EDH, sentença de 29 de março de 2016, *Bédat vs. Suíça*, pet. n.º 56925/08.

9 Corte EDH, sentença de 17 de janeiro de 2019, *X. vs. antiga República Iugoslava da Macedônia*, pet. n.º 29683/16; Corte EDH, sentença de 4 de julho de 2024, *Y.T. vs. Bulgária*, pet. n.º 41701/16.

legitimidade das restrições sanitárias adotadas em situações de emergência¹⁰ —, mas a própria capacidade da Corte de fundamentar suas decisões em princípios intelectualmente sólidos, politicamente defensáveis e juridicamente transmissíveis. Sem um esclarecimento dos fundamentos normativos da interpretação, os raciocínios permanecem expostos à acusação de variabilidade contextual, subjetividade jurídica ou ingerência em escolhas democráticas nacionais.

A autoridade da Corte não pode, portanto, repousar apenas em sua competência técnica ou no emprego abstrato da Convenção em raciocínios de caráter subjetivos. Ela deve e deve fundar-se na capacidade de encarnar, de maneira assumida, uma forma de racionalidade jurídica que transcenda o caso concreto, que esclareça a hierarquia dos princípios em disputa e que ofereça às jurisdições nacionais um quadro interpretativo estável, coerente e integrador. É aí que reside a questão central da normatização dos valores essenciais da Convenção: tornar visível aquilo que, até o momento, foi mobilizado apenas de maneira intuitiva. Em outras palavras, trata-se de afirmar, em linguagem jurídica rigorosa, o que fundamenta a legitimidade da proteção dos direitos humanos na Europa contemporânea. Nessa perspectiva, a Corte já não pode contentar-se com uma referência retórica da “sociedade democrática”. Ela deve esclarecer os componentes normativos dessa noção carregada de sentido, identificando os valores que transcendem as disparidades nacionais, não para substituir a soberania democrática por esses valores, mas para conferir-lhes alcance interpretativo estável e previsível. Esse esforço não decorre de um projeto ideológico nem de um voluntarismo militante: responde a uma exigência de racionalização do direito. Pois, sem uma base explícita de valores fundamentais, os mecanismos de interpretação tornam-se vulneráveis a acusações de arbitrariedade, a conflitos de lealdade normativa e a estratégias de contorno a eles empregadas pelos Estados.¹¹

Tornou-se, portanto, imperativo que a Corte empreenda um processo estruturado de normatização dos valores essenciais da Convenção, enunciando os princípios fundamentais a partir dos quais os direitos adquirem sentido, articulam-se e se hierarquizam-se. Essa iniciativa não significa abandonar o pragmatismo jurisprudencial que caracteriza a Corte, mas enquadrá-lo conceitualmente. Ela pressupõe, ao menos, uma redefinição dos contornos da margem de apreciação, um emprego mais rigoroso do consenso europeu como indicador de convergência e uma atenção renovada à coerência transversal das garantias convencionais. Ao afirmar com clareza os fundamentos normativos de sua in-

10 Corte EDH, sentença de 15 de março de 2022, *Communauté genevoise d'action syndicale vs. Suíça*, pet. n° 21881/20.

11 Sobre a relação entre a hierarquia das normas e os valores no direito internacional, ver: SICILIANOS, L.-A. “La dimension humaine du droit international – Cours général de droit international public”. R.C.A.D.I., t. 440, p. 597.

interpretação, a Corte poderia, assim, restaurar uma autoridade fundada não no poder de imposição, mas na força do convencimento. É a esse preço que poderá continuar a desempenhar seu papel essencial na preservação das condições mínimas de uma democracia respeitosa da pessoa humana. O que está em jogo é nada menos que a capacidade do direito de resistir à erosão dos valores que deveria proteger.

I. A INDETERMINAÇÃO AXIOLÓGICA DA JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA: UM LIMITE CRESCENTE À COERÊNCIA DO SISTEMA CONVENCIONAL

O primeiro movimento desta reflexão evidencia em que medida a ausência de uma estruturação normativa explícita prejudica a coerência, a inteligibilidade e a autoridade da jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos Humanos. Embora seja verdade que a Corte mobiliza reiteradamente determinados valores, essas referências são frequentemente convocadas de maneira contingente, implícita e sem articulação sistemática. Longe de integrarem um quadro metodológico rigoroso, funcionam mais como sinais de intenção do que como fundamentos interpretativos assumidos. Frequentemente presentes no texto, mas raramente desenvolvidas de modo objetivo, tais referências permanecem formalmente visíveis, porém substancialmente indefinidas.

Essa indeterminação axiológica, que historicamente pôde parecer uma estratégia de prudência institucional e flexibilidade contextual, tende hoje a produzir efeitos perversos. Na ausência de um arcabouço normativo claramente estabelecido, as soluções jurisprudenciais têm dificuldade para revelar uma lógica de conjunto, as ponderações entre direitos concorrentes carecem de transparência argumentativa e a autoridade doutrinária da Corte se vê enfraquecida. Por meio de uma análise jurisprudencial comparada, é possível identificar as manifestações concretas dessa indeterminação (A) e, em seguida, extrair suas consequências para a coerência do sistema convencional, a previsibilidade das decisões e a legitimidade institucional da Corte no panorama europeu dos direitos humanos (B).

A. UMA UTILIZAÇÃO DIFUSA E POUCO CONSOLIDADA DOS “VALORES” NA JURISPRUDÊNCIA

A Corte Europeia dos Direitos Humanos mobiliza, de maneira regular, embora frequentemente difusa, um conjunto de valores fundamentais — dignidade humana, pluralismo, autonomia, tolerância, justiça — que se apresentam como o substrato axiológico implícito de todos os direitos garantidos pela Convenção.¹² Esses valores permeiam inúmeros raciocínios jurisprudenciais,

12 TAMION, A. Les droits, les droits fondamentaux, les valeurs : problèmes d’une fondation et

sem jamais serem expressamente nomeados como tais ou ordenados em uma hierarquia de princípios. Sua evocação é, no geral, contingente, circunstancial, e, por vezes, meramente decorativa, sendo raramente integrada a um método interpretativo expressamente assumido. A Corte refere-se, assim, à dignidade humana no âmbito do artigo 3º, ao pluralismo no âmbito do artigo 10 e à autonomia no âmbito do artigo 8º, sem, contudo, elevá-los à condição de fundamentos estruturantes de todo o sistema convencional. Na ausência de um núcleo conceitual estabilizado, essas noções funcionam mais como indicadores de oportunidade do que como parâmetros normativos. Esse déficit de sistematização conceitual enfraquece consideravelmente a densidade argumentativa da jurisprudência europeia e compromete sua inteligibilidade sistêmica, privando-a de uma linguagem comum capaz de orientar, de maneira previsível, coerente e rigorosa, a interpretação dos direitos em todo o espaço convencional. O desafio não é apenas hermenêutico ou doutrinário: diz respeito à própria capacidade da Corte de assentar a autoridade de suas sentenças em um ambiente jurídico fragmentado, contestado e cada vez mais competitivo.

Essa fragilidade estrutural contrasta fortemente com a postura de outras jurisdições internacionais. Diferentemente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que fundamenta expressamente suas sentenças em princípios fundamentais claramente identificados — como demonstra o caso *Atala Riffo e filhas vs. Chile*, no qual a dignidade é consagrada como fundamento estruturante da interpretação e do reconhecimento da igualdade¹³ —, a Corte Europeia permanece marcada por uma reserva metodológica que reflete uma tradição jurisprudencial mais pragmática e cautelosa diante do “valor desses valores”. Essa divergência revela duas concepções profundamente distintas da função do juiz internacional: uma, assumida pela Corte Interamericana, de natureza transformadora, busca remodelar as ordens jurídicas internas a partir de um núcleo axiológico comum e explícito; a outra, encarnada pela Corte de Estrasburgo, tende a privilegiar uma lógica de equilíbrio entre o respeito à margem nacional de apreciação, a preocupação com a aceitabilidade política de suas decisões e a exigência de efetividade do direito.

Nessa segunda perspectiva, os valores não são convocados como bases normativas primárias, mas como instrumentos contingentes de conciliação entre imperativos por vezes contraditórios. Essa posição, embora possa ser justificada pela diversidade dos sistemas jurídicos e das tradições constitucionais europeias, produz um efeito paradoxal que merece ser questionado: ao evitar a formalização de um núcleo de princípios interpretativos comuns, a Corte fragiliza a inteligibilidade e a coerência de suas decisões precisamente no momento

d'une argumentation axiologique en droit. Tese. Université Paris Panthéon-Assas, 2024. p. 15.

13 Corte IDH, sentença de 24 de fevereiro de 2012, *Atala Riffo e filhas vs. Chile*, Série C, nº 239.

em que a exigência de um quadro normativo estruturado se torna requisito de legitimidade. Em sentido oposto a essa prudência axiológica, a Corte Interamericana consagra a dignidade humana, a igualdade material e a não discriminação em fundamentos operacionais de seu raciocínio, como no caso *González e outras* (“*Campo Algodonero*”) *vs. México*¹⁴, em que articula o direito à vida e à igualdade de gênero com a obrigação positiva de proteção; ou ainda em *I. V. vs. Bolívia*¹⁵, em que consagra a autonomia corporal no contexto da esterilização forçada. Esses princípios não são apenas afirmados: orientam a metodologia decisória, estruturam as obrigações estatais e permitem uma articulação coerente dos direitos em voga. Essa diferença de paradigma constitui um ponto de inflexão teórico frequentemente negligenciado: enquanto uma procura produzir sentido a partir dos princípios, a outra permanece encerrada em uma lógica prudente de justiciabilidade, sob o risco de desarticulação normativa à medida que os casos se tornam mais complexos e as tensões axiológicas mais intensas.

É precisamente nessa perspectiva que se justifica plenamente o recurso à jurisprudência comparada aos demais sistemas de proteção. Esse recurso comparativo não decorre de uma iniciativa meramente ornamental nem de uma busca de autoridade externa, mas de um imperativo de consolidação¹⁶: na ausência de um referencial explícito de valores, a jurisprudência europeia corre o risco de se isolar, tanto no plano interpretativo quanto no metodológico. Os órgãos das Nações Unidas e as jurisdições regionais, como a Corte Interamericana, compartilham um núcleo doutrinário comum, fundado na dignidade da pessoa humana, na igualdade material, na autonomia e na não discriminação. A utilização dessas referências permite identificar constantes interpretativas de alcance transversal, reforçando a previsibilidade e a autoridade da interpretação europeia. Atualmente, o direito internacional dos direitos humanos já não pode ser concebido como uma soma de abordagens justapostas, mas como um sistema integrado, no qual as jurisprudências dialogam entre si, complementam-se e enriquecem-se mutuamente.¹⁷ Nessa perspectiva, a abertura da Corte Europeia a essas referências comparadas — empregadas para além de fins meramente formais — não representa um enfraquecimento à sua legitimidade, mas uma condição para sua inserção no espaço normativo global de proteção dos direitos fundamentais.¹⁸ Ao mobilizar esses conjuntos normativos convergentes, a Corte

14 Corte IDH, sentença de 16 de novembro de 2009, *González e outras* (“*Campo Algodonero*”) *vs. México*, Série C, nº 205.

15 Corte IDH, sentença de 30 de novembro de 2016, *I. V. vs. Bolívia*, Série C, nº 329.

16 LARCHÉ, M. *Les fonctions des sources internationales dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*. Paris: Pedone, 2025. p. 287. (Collection de la Fondation René Cassin).

17 TOUZÉ, S. “Le droit européen des droits de l’homme sera international ou ne sera pas – Pour une approche autopoïétique du droit international”. *R.G.D.I.P.*, n. 1, p. 1-19, 2018

18 Ver a crônica anual publicada no A.F.D.I., que dirigimos em conjunto com D. Szymczak.

poderia reforçar a inteligibilidade e a normatividade de suas próprias decisões, consolidando, ao mesmo tempo, a unidade da interpretação dos direitos fundamentais em escala internacional.

Essa ausência de uma arquitetura axiológica unificada traduz-se em uma manifesta heterogeneidade no tratamento dos direitos garantidos pela Convenção. O artigo 3º, que proíbe os tratamentos desumanos e degradantes, repousa implicitamente na dignidade da pessoa humana, como demonstram os casos *Tyrer vs. Reino Unido*¹⁹, *Bouyid vs. Bélgica*²⁰, *M.S. vs. Croácia*²¹ e *J.M.B. e outros vs. França*²². Contudo, embora onipresente nos raciocínios da Corte, essa dignidade jamais foi consolidada em um quadro analítico próprio. A relação entre a violação da integridade física ou psíquica e a ofensa à dignidade é, sem dúvida, constante e ressaltado, mas permanece conceitualmente sub-teorizado. Em contrapartida o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, em seus Comentários Gerais nº 20 (tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes)²³, nº 35 (liberdade e segurança pessoal)²⁴ e nº 36 (direito à vida)²⁵, afirma de forma inequívoca que a dignidade humana constitui o fundamento de todo o Pacto. No caso *Toonen vs. Austrália*²⁶, o Comitê vincula a proteção da vida privada à dignidade da pessoa humana e à igualdade; em *Kennedy vs. Trinidad e Tobago*²⁷, condena expressamente a pena de morte, ressaltando seu efeito desumanizador.

Por sua vez, o artigo 8º, que garante o direito ao respeito à vida privada e familiar, mobiliza a noção de autonomia pessoal, mas em termos variáveis e desprovidos de precisão conceitual. Conforme o caso, essa autonomia é associada à liberdade individual, ao desenvolvimento da personalidade ou à capacidade de autodeterminação sem interferência arbitrária, como em *Pretty vs. Reino Unido*²⁸, *Evans vs. Reino Unido*²⁹, *K.O. e V.M. vs. Noruega*³⁰ ou *P.V. vs. Espanha*³¹, relativos aos direitos de pessoas enfermas ou com deficiência. Essa variabilidade

19 Corte EDH, sentença de 25 de abril de 1978, *Tyrer vs. Reino Unido*, pet. nº 5856/72.

20 Corte EDH, sentença de 28 de setembro de 2015, *Bouyid vs. Bélgica*, pet. nº 23380/09.

21 Corte EDH, sentença de 25 de abril de 2013, *M.S. vs. Croácia*, pet. nº 36337/10.

22 Corte EDH, sentença de 30 de janeiro de 2020, *J.M.B. vs. França*, pet. nº 9671/15.

23 Comitê de Direitos Humanos, Comentário Geral nº 20, A/47/40(SUPP), artigo 7º (proibição da tortura e de penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes).

24 Comitê de Direitos Humanos, 31 de outubro de 2014, Comentário Geral nº 35, CCPR/C/GC/35, artigo 9º (direito à liberdade e à segurança pessoal).

25 Comitê de Direitos Humanos, 3 de setembro de 2019, Comentário Geral nº 36, artigo 6º (direito à vida).

26 Comitê de Direitos Humanos, decisão de 31 de março de 1994, *Toonen vs. Austrália*, comunicação nº 488/1992.

27 Comitê de Direitos Humanos, decisão de 26 de março de 2002, *Kennedy vs. Trinidad e Tobago*, comunicação nº 845/1999.

28 Corte EDH, sentença de 29 de abril de 2002, *Pretty vs. Reino Unido*, pet. nº 2346/02.

29 Corte EDH, sentença de 10 de abril de 2007, *Evans vs. Reino Unido*, pet. nº 6339/05.

30 Corte EDH, sentença de 19 de novembro de 2019, *K.O. e V.M. vs. Noruega*, pet. nº 64808/16.

31 Corte EDH, sentença de 30 de novembro de 2010, *P.V. vs. Espanha*, pet. nº 35159/09.

semântica impede que a autonomia se converta em verdadeiro princípio orientador. Em sentido inverso, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seus Comentários Gerais nº 5 (pessoas com deficiência)³², nº 14 (direito à saúde)³³ e nº 16 (igualdade entre homens e mulheres)³⁴, relaciona de modo coerente autonomia, dignidade e igualdade, impondo aos Estados obrigações positivas precisas em domínios sensíveis, como a saúde reprodutiva, o acesso aos serviços de saúde e a participação na vida em sociedade.

No âmbito do artigo 10, relativo à liberdade de expressão, a referência ao pluralismo é mais explícita. Desde *Handyside vs. Reino Unido*³⁵, a Corte afirma que o pluralismo constitui “um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática”. Todavia, apesar de constante, essa afirmação jamais se ancora em um raciocínio estruturado. O conteúdo exato do pluralismo, seu alcance jurídico e suas relações com outros princípios — dignidade, não discriminação, igualdade — permanecem obscuros. Em *Perinçek vs. Suíça*³⁶, a Corte recusou reconhecer a negação do genocídio armênio como ofensa à memória coletiva, afastando qualquer ponderação com a dignidade das vítimas. Em *Lilliendahl vs. Islândia*³⁷, ela admitiu a condenação de manifestações homofóbicas, mas sem definir um quadro normativo claro. No caso *Otite vs. Reino Unido*³⁸, a Corte menciona a estigmatização racial, mas sem recorrer a uma matriz analítica fundada na proteção de grupos vulneráveis. Essa reserva metodológica contrasta, indubitavelmente, com as abordagens mais elaboradas da Corte Interamericana. Em *López Álvarez vs. Honduras*³⁹, a liberdade de expressão é subordinada à necessidade de proteger as vítimas de discursos estigmatizantes. Em *Kimel vs. Argentina*⁴⁰, a proteção da memória histórica é consagrada como limite legítimo à liberdade de expressão. A própria Corte Internacional de Justiça, em *Ahmadou Sadio Diallo*⁴¹, admite que a dignidade humana constitui componente

32 COMITÊ DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS DAS NAÇÕES UNIDAS., 9 de dezembro de 1994, Comentário Geral nº 5, artigo 19 (autonomia de vida).

33 COMITÊ DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS DAS NAÇÕES UNIDAS., 11 de agosto de 2000, Comentário Geral nº 14, E/C.12/2000/4, artigo 12 (direito à saúde física e mental).

34 COMITÊ DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS DAS NAÇÕES UNIDAS., 11 de agosto de 2005, Comentário Geral nº 16, E/C.12/2005/4, artigo 3º (direito igual de homens e mulheres ao gozo de todos os direitos civis e políticos).

35 Corte EDH, sentença de 7 de dezembro de 1976, *Handyside vs. Reino Unido*, pet. nº 5493/72.

36 Op. cit.

37 Corte EDH, sentença de 12 de maio de 2020, *Lilliendahl vs. Islândia*, pet. nº 29297/18.

38 Corte EDH, sentença de 27 de setembro de 2022, *Otite vs. Reino Unido*, pet. nº 18339/19.

39 Corte IDH, sentença de 1º de fevereiro de 2006, *López Álvarez vs. Honduras*, Série C, nº 141.

40 Corte IDH, sentença de 2 de maio de 2018, *Kimel vs. Argentina*, Série C, nº 348.

41 CIJ, sentença de 30 de novembro de 2010, *Ahmadou Sadio Diallo* (República da Guiné vs. República Democrática do Congo).

transversal da proteção internacional, que os Estados devem assegurar para além de qualquer compromisso convencional.⁴²

A variabilidade axiológica da jurisprudência europeia demonstra-se ainda mais acentuada nos casos politicamente sensíveis ou que suscitam questões sociais. No famoso caso *Lautsi vs. Itália*⁴³, a neutralidade escolar é relativizada em nome das tradições nacionais, sem referência clara à laicidade como corolário do pluralismo. Posteriormente, em *S.A.S. vs. França*⁴⁴, o “viver em conjunto” (*vivre ensemble*) é elevado ao status de princípio sem que haja qualquer fundamento convencional ou jurisprudencial anterior o justifique.⁴⁵ No caso *B.S. vs. Espanha*⁴⁶, a questão das discriminações interseccionais é esboçada sem que a Corte defina um quadro que articule igualdade real e proteção reforçada. Por fim, em *Bayatyan vs. Armênia*⁴⁷, a objeção de consciência é reconhecida, mas sem que suas justificativas éticas sejam explicitadas, ao contrário do que fez o Comitê de Direitos Humanos em duas decisões proferidas nos casos *Yoon e Choi vs. República da Coreia*⁴⁸ e *Jeong e outros vs. República da Coreia*⁴⁹, nos quais o Comitê vinculou esse direito à liberdade interior, à dignidade moral e ao respeito pelo pluralismo religioso.⁵⁰

Disso resulta um duplo déficit para a Corte Europeia dos Direitos Humanos. De um lado, a ausência de estruturação dos valores compromete a inteligibilidade de sua jurisprudência e fragiliza a coerência interna do sistema convencional. De outro, a falta de determinação normativa corrói sua legitimidade em um espaço jurídico no qual outras jurisdições internacionais assumem plenamente sua função axiológica. Não se trata, evidentemente, de negar que a Corte tenha afirmado, em diversas ocasiões, princípios fundamentais como a dignidade humana, o pluralismo ou a igualdade, que permeiam grande número

42 Ibid., § 87: “É certo, ademais, que a proibição dos tratamentos desumanos ou degradantes integra as regras do direito internacional geral que os Estados são obrigados a respeitar em todas as circunstâncias, inclusive independentemente de qualquer compromisso convencional.”

43 Corte EDH, sentença de 18 de março de 2011, *Lautsi vs. Itália*, pet. n° 30814/06.

44 Corte EDH, sentença de 1° de julho de 2014, *S.A.S. vs. França*, pet. n° 43835/11.

45 DUBOUT, E. “Les limites du contrôle européen des droits fondamentaux et la justification transnationale”. In: TOUZÉ, S. (dir.). *La Cour européenne des droits de l’homme – Une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*. Paris: Pedone, 2026. p. 103.

46 Corte EDH, sentença de 24 de julho de 2012, *B.S. vs. Espanha*, pet. n° 47159/08.

47 Corte EDH, sentença de 7 de julho de 2011, *Bayatyan vs. Armênia*, pet. n° 23459/03.

48 COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS., decisão de 3 de novembro de 2006, *Yoon e Choi vs. República da Coreia*, comunicações n° 1321/2004 e 1322/2004.

49 Comitê de Direitos Humanos, decisão de 24 de março de 2011, *Jeong e outros vs. República da Coreia*, comunicações n° 1642-1741/2007.

50 COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS., decisão de 3 de novembro de 2006, *Yoon e Choi vs. República da Coreia*, op. cit., § 8.3: o Comitê ressalta que o direito decorre da “liberdade interior do indivíduo”, está intimamente ligado à “dignidade moral da pessoa” e contribui para o reconhecimento de um “pluralismo religioso e ético essencial ao respeito dos direitos fundamentais”.

de suas decisões e, por vezes, exercem papel determinante.⁵¹ Essa constatação, porém, não pode ocultar uma dificuldade mais profunda: esses princípios, ainda que presentes, raramente são sistematizados, hierarquizados ou articulados em um quadro interpretativo determinado. A jurisprudência permanece marcada por uma abordagem pragmática, frequentemente qualificada por alguns autores como “positivismo minimalista”⁵², não por rejeitar toda normatividade axiológica, mas em razão de uma prudência interpretativa historicamente justificada. Essa prudência, por muito tempo garantia de flexibilidade, hoje alcança seus limites diante das exigências contemporâneas de clareza normativa, coerência argumentativa e legitimidade interpretativa. Em última análise, o problema não reside tanto no reconhecimento dos valores, mas sim em sua mobilização contingente, em seu status metodológico incerto e, sobretudo, em seu escasso alcance sistêmico. A crítica formulada, portanto, não se dirige à prática geral da Corte, mas à sua persistente incapacidade de elaborar uma gramática normativa capaz de orientar a interpretação nos casos mais sensíveis, guiar as jurisdições nacionais e estruturar o espaço convencional em torno de princípios reconhecíveis, transmissíveis e operacionais.

Nesse sentido, a jurisprudência europeia parece apresentar um déficit de normatividade intelectual, ao passo que suas homólogas interamericana e das Nações Unidas assumem uma função pedagógica e prescritiva bem definida. Em um momento em que os fundamentos axiológicos dos sistemas regionais de proteção são postos à prova pela ascensão dos “soberanismos jurídicos” e pelo questionamento à universalidade dos direitos, a Corte já não pode contentar-se com a postura de um árbitro silencioso. Por ocupar uma posição central e exercer uma função de garantia, a Corte é chamada a transformar suas intuições em normas, seus ajustes em princípios estruturantes e seus raciocínios contextuais em instrumentos geradores de autoridade interpretativa. Caso contrário, corre o risco de assistir à erosão de sua capacidade de produzir um direito comum europeu dos direitos fundamentais que seja, ao mesmo tempo, inteligível, vinculante e dotado de sentido normativo.

51 A Corte Europeia dos Direitos Humanos entendeu que, embora a Convenção não reconheça aos casais do mesmo sexo um direito ao casamento nos termos do artigo 12, os Estados Partes continuam obrigados, por força do artigo 8º, a assegurar a esses casais um reconhecimento jurídico que lhes permita levar uma vida privada e familiar digna. Diante do contexto social particularmente hostil existente na Rússia, a Corte ressalta que os direitos protegidos pela Convenção não podem ser condicionados ao grau de aceitação social de que desfrute uma minoria. Recorda, assim, que submeter o acesso aos direitos fundamentais à opinião da maioria seria contrário aos princípios essenciais da Convenção, que incorpora as exigências da ordem pública democrática europeia. Ver Corte EDH, sentença de 13 de julho de 2021, *Fedotova vs. Rússia*, pet. nº 40792/10, § 218.

52 FLAUSS, J.-F. “La Cour européenne des droits de l’homme : gardienne des droits de l’homme ou juge des libertés publiques ?”. R.T.D.H., 2000, p. 923 e ss.

Em suma, a jurisprudência europeia mobiliza efetivamente valores fundamentais, mas sem lhes atribuir uma função estruturante nem inseri-los em uma hierarquia operacional. Essa utilização contingente prejudica a coerência normativa do sistema convencional e impede o surgimento de uma linguagem jurisprudencial unificada. É essa falta de sistematização — e seus efeitos sobre a clareza, a previsibilidade e a legitimidade — que será examinada neste momento.

B. OS EFEITOS DESSA INDETERMINAÇÃO SOBRE A CLAREZA, A PREVISIBILIDADE E A LEGITIMIDADE DA JURISPRUDÊNCIA

A ausência de um fundamento axiológico claro compromete a qualidade jurídica e política da jurisprudência europeia. Ela provoca, em primeiro lugar, uma fragmentação dos raciocínios: sem um quadro conceitual estável que oriente a interpretação, as decisões da Corte são construídas caso a caso, sem que haja uma coerência transversal garantida. Princípios fundamentais como a dignidade (artigo 3º), a autonomia (artigo 8º) ou o pluralismo (artigo 10) são mobilizados de maneira contextual, sem transposição de um campo a outro ou sistematização. Essa fragmentação impede uma visão integrada do *corpus* convencional e prejudica a compreensão do sistema de proteção.

Essa descontinuidade conceitual dificulta a identificação de um padrão comum em escala europeia. Ela impede também o surgimento de um diálogo normativo estruturado entre a Corte e as jurisdições nacionais, confrontadas com uma jurisprudência variável e desprovida de lógica interpretativa unificada. A Corte raramente propõe uma sistematização conceitual de seus princípios ou uma metodologia clara para sua aplicação. Como consequência, as jurisdições internas precisam lidar com interpretações concorrentes, o que fragiliza a efetividade da Convenção. Essa situação é agravada pela crescente contestação da legitimidade da Corte. A ausência de estruturação axiológica torna-se, assim, obstáculo concreto à circulação normativa no espaço europeu.

Outra consequência estrutural importante decorre da dificuldade recorrente de justificar as ponderações entre direitos concorrentes, diante da inexistência de uma hierarquia explícita dos valores normativos. No caso *Leyla Şahin vs. Turquia*⁵³, por exemplo, a Corte faz prevalecer a concepção nacional de laicidade em detrimento da liberdade religiosa sem explicitar seus fundamentos axiológicos, notadamente a relação entre laicidade, igualdade de gênero e ordem democrática. Da mesma forma, em *A., B. e C. vs. Irlanda*⁵⁴, ela reconhece a tensão entre vida privada e proteção da vida pré-natal, mas limita-se a constatar a ausência de consenso europeu sobre o aborto, sem precisar os

53 Corte EDH, sentença de 10 de novembro de 2005, *Leyla Şahin vs. Turquia*, pet. n° 44774/98.

54 Corte EDH, sentença de 16 de dezembro de 2010, *A., B. e C. vs. Irlanda*, pet. n° 25579/05.

princípios suscetíveis de orientar sua interpretação. Essa prudência, guiada pela margem de apreciação, produz uma jurisprudência certamente cautelosa, mas pouco orientadora.

No caso *Papageorgiou e outros vs. Grécia*⁵⁵, a Corte constata, ademais, uma violação dos direitos parentais decorrente da obrigação de comprovar o pertencimento a uma confissão religiosa para obter dispensa das aulas, mas não define claramente o conteúdo normativo do pluralismo educacional nem especifica as circunstâncias em que a liberdade de consciência das famílias deve prevalecer sobre uma orientação religiosa imposta pelo Estado. Essa falta de conceptualização insere-se em uma tendência mais ampla de evitar qualquer afirmação de princípios estruturantes. Em *Jehovah's Witnesses of Moscow vs. Rússia*⁵⁶ (2010), a dissolução de uma comunidade religiosa por razões ligadas à ordem pública é validada sem uma ponderação rigorosa entre liberdade religiosa e exigências de segurança. Do mesmo modo, no caso *Osmanoğlu e Kocabaş vs. Suíça*⁵⁷, a Corte admite a obrigação de duas alunas muçulmanas participarem de aulas mistas de natação, privilegiando a coesão social e a integração, mas sem explicitar, mais uma vez, os critérios que permitiriam hierarquizar esses objetivos diante do direito à liberdade religiosa. Em cada um desses casos, e segundo o mesmo método, a ausência de um quadro normativo claro que articule os princípios em tensão alimenta uma impressão de indeterminação estrutural, fragilizando a compreensão e a força persuasiva de suas sentenças.

A ausência de uma ordem axiológica clara constitui, nesse caso, um obstáculo à formação de um verdadeiro direito jurisprudencial estruturado, no qual os princípios fundamentais desempenhariam papel estabilizador e normativo. Essa lacuna favorece, sem dúvida, a crítica recorrente ao ativismo judicial: na ausência de princípios interpretativos sistematizados, as decisões podem efetivamente parecer resultado de escolhas circunstanciais, pouco transparentes e vulneráveis às contingências políticas e sociais. Fundada ou não, essa impressão de indeterminação reforça as suspeitas de arbitrariedade, sobretudo quando se percebe que a Corte decide debates sociais sensíveis sem recorrer a um quadro de interpretação assentado em valores claramente identificados. Essa crítica, evidentemente, não é nova: ela já havia sido formulada no caso *Refah Partisi vs. Turquia*⁵⁸, no qual a Corte foi acusada de privilegiar uma concepção defensiva da democracia sem explicitação suficiente dos critérios normativos. Ela foi

55 Corte EDH, sentença de 22 de outubro de 1997, *Papageorgiou e outros vs. Grécia*, pet. n° 51923/12.

56 Corte EDH, sentença de 10 de junho de 2010, *Jehovah's Witnesses of Moscow vs. Rússia*, pet. n° 302/02.

57 Corte EDH, sentença de 10 de janeiro de 2017, *Osmanoğlu e Kocabaş vs. Suíça*, pet. n° 29086/12.

58 Corte EDH, sentença de 31 de julho de 2001, *Refah Partisi vs. Turquia*, pet. n° 41340/98, 41342/98, 41343/98 e 41344/98.

retomada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão no caso *Görgülü*⁵⁹, que criticou a Corte Europeia por falta de rigor argumentativo e excessiva indiferença às especificidades do direito constitucional alemão. Nos dois casos, muito distintos quanto ao mérito, é precisamente a ausência de um fundamento interpretativo sólido, baseado em uma hierarquia clara dos valores, que alimenta a contestação da legitimidade das soluções adotadas.⁶⁰

Ainda mais revelador, o caso *Macaté vs. Lituânia*⁶¹ evidencia os limites persistentes da abordagem axiológica da Corte quando confrontada com tensões entre liberdades fundamentais e valores ditos “tradicionais”. No caso, a Corte condena a censura parcial de uma coletânea de contos infantis que apresentava de modo positivo famílias homoparentais, com fundamento na liberdade de expressão (artigo 10) e no princípio da não discriminação (artigo 14). Embora a solução pareça, à primeira vista, progressista, ela se baseia, no entanto, em um raciocínio amplamente implícito, ou mesmo abreviado, que não satisfaz às exigências de clareza e estruturação normativa esperadas em matéria tão sensível.

É certo que a Corte afirma a importância do pluralismo, da igualdade e da proteção contra estereótipos sociais, mas se abstém de hierarquizar expressamente os princípios em questão. Ela não esclarece o status jurídico do direito das crianças a uma educação inclusiva nem tampouco o alcance normativo do conceito de interesse superior da criança — que é, contudo, central no direito internacional dos direitos humanos, especialmente na Convenção sobre os Direitos da Criança (artigo 3º). A Corte tampouco examina em profundidade a legitimidade do fundamento da “proteção da moral”, frequentemente utilizado pelas autoridades nacionais para justificar restrições à liberdade de expressão em questões de gênero e sexualidade, apesar de sua natureza eminentemente contingente e culturalmente variável. Ao limitar-se a recordar que as alegações das autoridades lituanas se fundavam em preconceitos, a Corte evita elaborar uma base jurídica rigorosa que permita avaliar sistematicamente as restrições justificáveis à representação de famílias diversas no âmbito educacional. Esse déficit argumentativo reforça a impressão de uma decisão orientada por um reflexo jurisprudencial — o de condenar toda discriminação homofóbica manifesta — sem, contudo, oferecer uma teoria coerente da liberdade pedagógica ou da igualdade das representações. O resultado é um enfraquecimento do alcance doutrinário da decisão, que, por falta de princípios explícitos claramente assumidos, tem dificuldade para estruturar a jurisprudência da Corte sobre essas

59 ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal, 2ª Câmara. *Görgülü*. Sentença de 14 out. 2004. Processo n. 2 BvR 1481/04.

60 Ver, *mutatis mutandis*: ALEXY, R. *A Theory of Constitutionnal Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 388.

61 Corte EDH, sentença de 23 de janeiro de 2023, *Macaté vs. Lituânia*, pet. nº 61435/19.

questões. Ao não integrar plenamente as dimensões educacionais e simbólicas da liberdade de expressão no contexto escolar, o caso *Macaté* expõe a Corte a uma crítica recorrente: a de que sua jurisprudência seria implicitamente orientada por considerações conjunturais, ao invés da fidelidade a uma ordem normativa estabilizada. A recusa de assumir uma função axiológica explícita abre, assim, espaço para uma interpretação que se pretende protetiva, mas permanece vulnerável no plano da justificação jurídica.

Essas lacunas afetam, dessa forma, diretamente a clareza, a coerência e a autoridade da jurisprudência. Uma Corte cujas decisões não se baseiam em princípios identificáveis e consolidados compromete sua função doutrinária e pedagógica, especialmente em um contexto de crescente diálogo jurisdicional. A ausência de referências normativas compartilhadas dificulta a harmonização dos padrões entre as jurisdições europeias e nacionais, favorecendo divergências interpretativas e até formas explícitas de resistência à execução das decisões da Corte. O caso *Görgülü*⁶², na Alemanha, é mais uma ilustração marcante: embora reconhecesse a obrigação de cumprimento das decisões de Estrasburgo, o Tribunal Constitucional Federal alemão entendeu que o respeito aos direitos fundamentais consagrados na Lei Fundamental prevalece em caso de conflito interpretativo não resolvido por uma base axiológica comum. Esse exemplo particularmente preciso revela uma deficiência manifesta de clareza, que reduz o poder de persuasão normativa da Corte e enfraquece sua autoridade nos ordenamentos jurídicos internos.

Além disso, a indeterminação axiológica enfraquece a previsibilidade do direito, embora esta constitua critério essencial do Estado de Direito e exigência para a segurança jurídica. Um dos objetivos fundamentais de uma jurisprudência internacional consiste em formular padrões normativos suficientemente claros e estáveis que permitam que os Estados Partes antecipem as obrigações decorrentes de seus compromissos convencionais. Na ausência de tais parâmetros, os litigantes, as autoridades administrativas e os juízes nacionais encontram dificuldades para avaliar a conformidade das práticas nacionais com as exigências da Convenção, o que gera insegurança jurídica estrutural.

Casos como *Dubská e Krejzová vs. República Tcheca*⁶³, relativo ao parto domiciliar; *Fábián vs. Hungria*⁶⁴, sobre discriminação indireta fundada na condição profissional; ou *Garib vs. Países Baixos*⁶⁵, referente à liberdade de escolher o local de residência em um bairro submetido a autorização prévia, ilustram essa incerteza. Em cada um deles, a Corte encontrou dificuldades para extrair

62 Op. cit.

63 Corte EDH, sentença de 15 de novembro de 2016, *Dubská e Krejzová vs. República Tcheca*, pet. n° 28859/11 e 28475/12.

64 Corte EDH, sentença de 15 de dezembro de 2015, *Fábián vs. Hungria*, pet. n° 78117/13.

65 Corte EDH, sentença de 6 de novembro de 2017, *Garib vs. Países Baixos*, pet. n° 43494/09.

critérios claros de proporcionalidade ou princípios fundamentais capazes de unificar a análise. O raciocínio permanece sistematicamente contextual, sem identificação de um padrão interpretativo transversal. Essa volatilidade normativa dificulta tanto a previsibilidade das decisões quanto a adoção de políticas públicas que estejam em conformidade com o âmbito convencional, frustrando a função de orientação normativa que deveria ser desempenhada pela jurisprudência europeia.

Essa forma de instabilidade normativa compromete de maneira evidente a legitimidade da Corte. Uma jurisdição percebida como imprevisível, insuficientemente fundamentada ou conceitualmente indeterminada perde necessariamente sua autoridade, não apenas perante os litigantes, mas também em suas relações com as instituições estatais e as demais jurisdições nacionais. Essa percepção alimenta um discurso político cada vez mais crítico, particularmente em Estados como o Reino Unido, a Hungria, a Polônia ou a Itália, onde a Corte é acusada de impor padrões estranhos às tradições constitucionais nacionais e até de praticar uma forma de “militância judicial”.⁶⁶

Essas críticas, que por muito tempo estiveram circunscritas aos círculos políticos nacionais, alcançaram uma visibilidade inédita com a Carta Aberta de 22 de maio de 2025, assinada por nove chefes de governo europeus.⁶⁷ Embora inteiramente passível de críticas, esse documento constitui um precedente institucional relevante: pela primeira vez, uma coalizão de Estados Partes denuncia coletivamente a orientação jurisprudencial da Corte, em particular no âmbito migratório. A carta acusa a Corte de ter excedido seu mandato jurisdicional, ao desconsiderar a margem nacional de apreciação e de ter contribuído para a perda de controle estatal sobre as políticas migratórias, em detrimento da coesão social e da segurança nacional. O texto ultrapassa uma crítica pontual: revela profunda desconfiança em relação à legitimidade essencial da interpretação de Estrasburgo e apela a uma reforma metodológica fundada na reafirmação das prerrogativas soberanas.

Essa tomada de posição política, embora possa parecer uma tentativa de “renacionalização” do controle dos direitos⁶⁸, não pode ser ignorada nem rejeitada de maneira puramente defensiva. Ela revela um mal-estar estrutural quanto à capacidade da Corte de justificar suas ponderações em uma linguagem normativa suficientemente comum. A resposta necessária não é, portanto, exclusivamente política, mas, antes de tudo, jurídica: é reforçando o rigor, a

66 LECUYER, Y. “La diabolisation de la Cour européenne des droits de l’homme”. *RDLE*, n. 11, 2023.

67 TAMION, A. “Un nouvel acte dans le conflit sur les valeurs européennes, analyse de la lettre ouverte adressée à la Cour européenne des droits de l’homme par des chefs de gouvernements européens”. *Juspoliticum*, 3 jun. 2025

68 DUBOUT, E. “Les limites du contrôle européen des droits fondamentaux et la justification transnationale”, *op. cit.*, p. 100 e ss.

transparência e a coerência de seus princípios interpretativos que a Corte poderá responder a essas críticas, restaurar sua legitimidade doutrinária e reafirmar seu papel de garantidora comum dos direitos fundamentais na Europa. Embora deva ser analisada com vigilância, essa carta não pode ser simplesmente descartada como manifestação de euroceticismo político. Ela constitui um forte sinal de alerta institucional: na ausência de princípios interpretativos estabilizados e de uma hierarquia axiológica explícita, a jurisprudência da Corte torna-se vulnerável às contestações estatais. A resposta, por conseguinte, não pode ser meramente política ou diplomática: deve ser juridicamente estruturada.⁶⁹ É por meio de um trabalho de consolidação doutrinária e objetivação dos princípios normativos que a Corte poderá restabelecer sua legitimidade, restaurar a confiança dos Estados e responder de maneira confiável a essas críticas. O esclarecimento dos fundamentos axiológicos surge, assim, como resposta jurídica necessária a uma interpelação política relevante.

A legitimidade da Corte não pode residir apenas na força obrigatória de suas sentenças ou no prestígio institucional de sua função. Ela depende da qualidade normativa de suas decisões, da clareza de sua argumentação e de sua inserção em uma arquitetura axiológica consolidada. Tal legitimidade repousa na coerência dos princípios, em sua aplicação transversal e na capacidade de justificar suas decisões mais sensíveis, quer digam respeito à segurança, à moralidade pública ou a tradições constitucionais divergentes. Caso contrário a jurisprudência corre o risco de reduzir-se a respostas pontuais, privadas de um fundamento normativo unificador, expostas às flutuações políticas e dificilmente transmissíveis pelas jurisdições internas. Ela perde sua força doutrinária, seu valor pedagógico e sua capacidade de estruturar o direito comum europeu dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, as críticas dos Estados membros não podem ser tratadas como simples manifestações de euroceticismo. A Carta dos Nove constitui um questionamento direto da função interpretativa da Corte e evidencia a urgência de um esclarecimento axiológico. A alternativa é clara: ou a Corte reforça sua credibilidade doutrinária, assumindo um conjunto coerente de valores, ou se expõe ao recuo dos Estados para suas próprias interpretações nacionais da Convenção.

69 FULCHIRON, H. “La lisibilité et la compréhension interne de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”. In: TOUZÉ, S. (dir.). *La Cour européenne des droits de l’homme – une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*, op. cit., p. 151.

II. RUMO A UMA ESTRUTURAÇÃO NORMATIVA EXPLÍCITA: EM PROL DE UMA FUNÇÃO AXIOLÓGICA ASSUMIDA PELA CORTE

Diante das crescentes limitações decorrentes da indeterminação axiológica de sua jurisprudência, a Corte Europeia dos Direitos Humanos não pode manter indefinidamente uma postura de esquiva normativa. Em um momento no qual os fundamentos dos direitos protegidos são objeto de interpretações concorrentes e de questionamentos por vezes radicais, torna-se imperativo que a Corte assuma plenamente uma função axiológica estruturante. Não por meio de uma imposição de um modelo dogmático, mas para esclarecer, com respeito ao pluralismo democrático, os princípios fundamentais que permeiam todo o sistema convencional.

Longe de constituir uma inovação artificial ou uma ruptura metodológica, essa estruturação normativa tem suas raízes no próprio texto da Convenção, em suas fontes interpretativas legítimas e nas práticas jurisprudenciais de outras jurisdições internacionais e constitucionais. Ela atende a uma dupla exigência: de um lado, fortalecer a capacidade da Corte de orientar a interpretação de maneira coerente, previsível e inteligível; de outro, reforçar a legitimidade argumentativa de suas decisões, conferindo-lhes uma base principiológica mais robusta diante dos questionamentos contemporâneos.

Assim, esta segunda parte procura, inicialmente, identificar os fundamentos jurídicos — convencionais, doutrinários e comparados — sobre os quais uma função axiológica dessa natureza poderia ser consolidada com rigor (A); e, em seguida, avaliar seus efeitos sistêmicos benéficos, tanto para a qualidade da jurisprudência quanto para a efetividade do direito convencional no espaço pan-europeu (B). Trata-se, em última análise, de propor os contornos iniciais de uma verdadeira renovação metodológica capaz de consolidar o lugar da Corte no ecossistema normativo europeu e internacional.

A. OS FUNDAMENTOS JURÍDICOS E COMPARADOS DE UMA FUNÇÃO AXIOLÓGICA DA CORTE

O primeiro fundamento jurídico e doutrinário que justifica uma função axiológica assumida da Corte Europeia dos Direitos Humanos reside na noção central de “sociedade democrática”, que constitui, simultaneamente, critério de limitação admissível aos direitos garantidos pela Convenção e princípio estruturante do regime convencional.

Essa noção, presente nos artigos 8º a 11 da Convenção como possível justificativa para restrições a direitos, também é mobilizada transversalmente na jurisprudência como indicador da conformidade das práticas nacionais com o ideal da Convenção. Embora seja referenciada de maneira reiterada — especial-

mente nos casos relativos à liberdade de expressão⁷⁰, à liberdade de reunião⁷¹ ou à liberdade religiosa⁷² —, sua potencialidade sistêmica permanece amplamente subaproveitada.

Enquanto conceito normativo, a noção de “sociedade democrática” envolve muito mais do que um simples critério de controle das restrições admissíveis aos direitos garantidos pela Convenção: cristaliza uma visão integrada da convivência democrática, estruturada em torno de pilares fundamentais como o pluralismo ideológico, a igual dignidade de todas as pessoas humanas, o reconhecimento efetivo das minorias étnicas, religiosas, linguísticas ou sexuais e a participação inclusiva de todos os cidadãos na vida pública. Essa concepção insere-se de forma clara em uma perspectiva de democracia material, que não se reduz nem à regra da maioria nem ao simples respeito procedimental dos processos eleitorais, mas postula a existência de um núcleo irredutível de direitos e princípios que se impõe inclusive contra a vontade da maioria.

Essa abordagem corresponde ao espírito do preâmbulo da Convenção e aos padrões internacionais definidos, em particular, pelos órgãos de tratados das Nações Unidas. Em particular, os Comentários Gerais do Comitê de Direitos Humanos enfatizam que a própria essência da democracia reside na implementação dos direitos fundamentais, na promoção ativa da autonomia individual e na concretização da dignidade humana como fundamento ético e político da convivência. A jurisprudência do Comitê em casos como *Toonen vs. Austrália*⁷³, assim como seu Comentário Geral n° 34⁷⁴, considera a democracia como um princípio integrador, isto é, capaz de conciliar diversidade, igualdade e participação.

Na jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos Humanos, contudo, esses elementos são frequentemente utilizados de forma ritualística, sem rigorosa sistematização doutrinária. A ausência de uma articulação hierárquica clara entre os diferentes valores fundamentais utilizados impede a formação de um quadro de análise estável e operacional, capaz de ordenar os princípios e orientar a interpretação nos casos sensíveis. O risco é, portanto, o de de um positivismo flutuante, no qual a referência à democracia se reduz a uma fórmula discursiva, em vez de atuar como norma estruturante, gerando incerteza para as jurisdições nacionais, fragilidade argumentativa diante das críticas políticas e diluição do projeto europeu comum de direitos.

70 Op. cit.

71 Corte EDH, sentença de 21 de junho de 1988, *Plattform Ärzte für das Leben vs. Áustria*, pet. n° 10126/82.

72 Corte EDH, sentença de 10 de novembro de 2005, *Leyla Şahin vs. Turquia*, pet. n° 44774/98.

73 Op. cit.

74 COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS, Comentário Geral de 9 de julho de 2011, n° 34, CCPR/C/GC/34, artigo 19 (liberdade de opinião e de expressão).

A noção de “sociedade democrática” poderia, entretanto, se plenamente assumida em seu alcance estruturante, desempenhar o papel de princípio geral do direito convencional⁷⁵, à semelhança da dignidade da pessoa humana no direito constitucional alemão⁷⁶ ou da igualdade material nas jurisprudências constitucionais latino-americanas.⁷⁷ Ela deixaria, então, de ser mera cláusula justificadora de restrições a direitos para tornar-se fundamento axiológico de todo o sistema convencional, capaz de ordenar os raciocínios segundo uma hierarquia de valores, estruturar os princípios em disputa e orientar a interpretação nos casos mais sensíveis.

Ao assumir plenamente essa dimensão, a Corte daria um salto intelectual decisivo: de um juiz convencional, frequentemente percebido como árbitro prudente e pragmático, para um juiz axiológico, portador de uma visão coerente da ordem jurídica europeia fundada na dignidade, na igualdade, na inclusão, na solidariedade e no pluralismo. Essa visão não seria exógena ao texto, mas constituiria seu núcleo latente, já presente nas finalidades enunciadas no preâmbulo, na jurisprudência sobre os direitos inderrogáveis (artigo 3º) e na referência constante a princípios democráticos fundamentais.⁷⁸

Essa mudança de paradigma implicaria, assim, em deixar de conceber a “sociedade democrática” como simples pano de fundo contextual e passar a tratá-la como o centro normativo do qual irradiam os direitos garantidos. Disso resultaria uma gramática interpretativa capaz de racionalizar as ponderações, reforçar a coerência argumentativa da Corte e construir uma autoridade hermenêutica no espaço público europeu. Ao estabelecer esse princípio em norma central, a Corte poderia, seguindo os passos dos tribunais constitucionais e dos órgãos das Nações Unidas, cumprir plenamente uma missão de esclarecimento dos fundamentos do direito, pedagogia dos valores e unificação em um contexto de fragmentações democráticas e preocupantes retrocessos políticos.

Essa mudança em direção a uma concepção axiológica da democracia permitiria, sem dúvida, ancorar a jurisprudência em uma matriz interpretativa coerente, capaz de assegurar a inteligibilidade das deliberações, a clareza das decisões e sua incorporação pelas jurisdições internas. Trata-se menos de uma inovação radical do que da explicitação de algo já implícito no direito convencional e nas práticas jurisdicionais comparadas. É nessa operação de atribuição de normatividade à “sociedade democrática” — concebida como princípio estruturante que engloba dignidade, igualdade, pluralismo e inclusão — que se

75 JACQUEMOT, F. Le standard européen de société démocratique. Faculté de droit de Montpellier, Collection thèse n. 4, p. 32.

76 Ver: BVerfGE 39, 1 – Abhörurteil.

77 Ver, especialmente: COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentença de 10 maio 2006. Processo n. C-355/2006.

78 Op. cit.

decide, doravante, a capacidade da Corte de produzir um direito comum em um espaço europeu atravessado por retrocessos identitários, contestações pluralistas e desvios normativos não liberais.⁷⁹ A Corte encontraria nisso não apenas uma alavanca de resistência intelectual e institucional, mas também um vetor de reconfiguração democrática da ordem jurídica pan-europeia. Esse trabalho pode, ainda, apoiar-se em um acervo já consistente de sua própria jurisprudência.

Desde o caso *Handyside*⁸⁰, a Corte apresenta uma definição material de democracia: esta não se reduz a um mecanismo eleitoral majoritário, mas repousa no pluralismo, na tolerância e no espírito de abertura, condições da própria existência de uma sociedade democrática. Essa formulação pioneira delineia, implicitamente, uma possível arquitetura normativa, fundada na adesão a valores fundamentais universalizáveis, mas sua potencialidade estruturante permanece subaproveitada. O caso *Partido Comunista Unificado da Turquia vs. Turquia*⁸¹ prolonga essa lógica ao afirmar que a democracia exige respeito ao pluralismo político, proteção das oposições e reconhecimento efetivo das minorias. Esse movimento em direção a uma democracia fundamentada axiologicamente contém uma poderosa orientação interpretativa, mas permaneceu incompleto. A Corte nele esboça uma doutrina da democracia fundada na conflitualidade legítima, no reconhecimento da dissidência e na organização dos contrapoderes — elementos que transcendem a mera estabilidade institucional para ancorar a legitimidade democrática em um *ethos* pluralista.

Essa riqueza axiológica, contudo, não foi integrada de maneira coerente à prática interpretativa da Corte, por falta de uma conceituação aprofundada e sistemática de suas implicações. A noção de “sociedade democrática” permanece, em larga medida, um rótulo retórico, utilizado de modo ritualístico, sem que se extraíam todas as consequências normativas de sua repetição na jurisprudência. Ela é frequentemente convocada para justificar uma restrição, sem ser questionada como matriz fundadora dos próprios direitos. Como princípio normativo, entretanto, permitiria fazer emergir uma verdadeira gramática axiológica comum, da mesma maneira pela qual a dignidade humana estrutura a jurisprudência constitucional alemã ou sul-africana.⁸² Uma sistematização

79 LEUPRECHT, P. “La Convention européenne des droits de l’homme face à la contestation de ses valeurs fondamentales”. *R.Q.D.I.*, p. 69-77, 2020.

80 Op. cit.

81 Op. cit.

82 Sobre a centralidade da dignidade humana como princípio estruturante da ordem constitucional sul-africana, ver: ÁFRICA DO SUL. Corte Constitucional. *Minister of Home Affairs and Another v. Fourie and Others; Lesbian and Gay Equality Project and Others v. Minister of Home Affairs and Others*. CCT 60/04, [2005] ZACC 19. Sentença de 1º dez. 2005. Nesse caso, a Corte consagra expressamente a dignidade como fundamento normativo da igualdade substancial e do reconhecimento jurídico dos casais homossexuais, afirmando que “a dignidade constitui o eixo em torno do qual gravitam os demais direitos fundamentais,

doutrinária rigorosa dessa noção — concebida como princípio estruturante de vocação prescritiva — ofereceria um referencial interpretativo apto a superar a justaposição casuística de direitos formais. Já não se trataria de responder caso a caso segundo uma lógica de ponderação circunstancial, mas de construir uma arquitetura de princípios estruturantes gerais, ordenados e hierarquizados. Esse núcleo axiológico poderia incluir, além do respeito à dignidade humana e à autonomia pessoal, exigências como a igualdade real entre indivíduos e grupos, a inclusão social, o reconhecimento das vulnerabilidades sistêmicas, a justiça redistributiva no acesso aos recursos fundamentais, a racionalidade deliberativa no espaço público e a solidariedade cívica como elemento de coesão do vínculo democrático. Tal abordagem deslocaria a noção de sociedade democrática da periferia para o centro do raciocínio, como matriz geradora de sentido, unidade e legitimidade interpretativa.

Essa conceituação também permitiria superar os limites estruturais de uma abordagem funcionalista, que tende a converter a proteção dos direitos em variável de ajuste, à mercê das relações de força políticas ou dos equilíbrios mutáveis entre soberanias nacionais e imperativos convencionais. Ao basear-se em uma arquitetura de princípios fundamentais explícitos, ordenados e justiciáveis, a Corte reforçaria consideravelmente a solidez normativa e a previsibilidade de suas sentenças. Ela deixaria de ser percebida como uma instância pragmática que arbitra caso a caso e passaria a assumir a condição de jurisdição constitucional europeia, dotada de função prescritiva e sistêmica.

Essa autoridade axiológica não se reduziria a mero suplemento simbólico de legitimidade institucional; ela constituiria, de forma mais fundamental, a alavanca central de uma pedagogia jurisdicional pan-europeia, estruturada em torno de princípios claros, compreensíveis e transmissíveis. Tal pedagogia se basearia em uma gramática de valores expressamente reconhecidos — dignidade humana, igualdade material, pluralismo ativo, justiça redistributiva —, que permitiria aos direitos garantidos pela Convenção enraizar-se em um imaginário normativo comum, compartilhado por juízes, legisladores, cidadãos e atores da sociedade civil. Ao estabelecer esses valores como normas de referência, a Corte estaria mais bem equipada para enfrentar ofensivas normativas, sejam elas tentativas de relativização dos direitos fundamentais, hierarquizações identitárias ou retrocessos autoritários mascarados sob o princípio da subsidiariedade. Em contrapartida, esse alicerce axiológico facilitaria não apenas a justificativa das decisões, mas também sua efetiva aceitação: as jurisdições nacionais encontrariam nele referências interpretativas robustas; os legisladores, salvaguardas constitucionais implícitas; os cidadãos, uma compreensão reforçada do direito europeu; e os atores da sociedade civil, uma estrutura argumentativa mobili-

especialmente a igualdade e a liberdade”.

zável nos espaços públicos nacionais e europeus. Esse quadro axiológico, ao cristalizar uma visão normativa da democracia, permitiria recolocar a Corte no centro de uma dinâmica de unificação interpretativa, formação cívica nos princípios fundamentais e reconstrução jurídica da Europa por meio dos valores.

Em um contexto no qual o universalismo dos direitos é cada vez mais contestado — seja por governos nacionais, pelo surgimento de leituras identitárias antagônicas ou pela instrumentalização política de determinados princípios —, a Corte Europeia dos Direitos Humanos encontra-se diante de uma responsabilidade histórica. Ela poderia, e até mesmo deveria, tornar-se vetor central de reconfiguração do direito comum europeu em torno de um núcleo de valores explícitos, compartilhados e juridicamente padronizados.⁸³ Esse papel não consistiria apenas em arbitrar entre direitos individuais, mas em assumir uma função normativa de consolidação axiológica em um espaço jurídico pós-nacional, confrontado com poderosas forças centrífugas.

Concretamente, caberia à Corte contribuir para a edificação de uma ordem jurídica fundada em uma concepção substantiva (ou material) de democracia: não reduzida à sua dimensão institucional, mas concebida como exigência material articulada em torno do respeito à igual dignidade, do reconhecimento concreto das vulnerabilidades sistêmicas, da promoção de um pluralismo ativo ancorado na inclusão e da realização progressiva de uma justiça redistributiva. Nesse sentido, a democracia material se tornaria o cerne normativo da interpretação, a fonte viva de uma hierarquia de princípios capaz de assegurar coerência, clareza e autoridade a todo o sistema convencional.

Essa orientação permitiria à Corte unificar seus argumentos em torno de uma arquitetura consolidada de valores, fundamentar suas decisões em uma filosofia normativa comum e criar uma linguagem hermenêutica passível de ser incorporada pelas jurisdições internas e pelos atores democráticos nacionais. A Corte contribuiria, assim, para a clarificação jurídica, mas também para a pedagogia cívica. Nessa perspectiva, sua função reside menos na verticalidade de sua autoridade do que em sua capacidade de permear horizontalmente as ordens jurídicas nacionais, de construir referências compartilhadas diante das contestações não-liberais e de fortalecer uma cidadania europeia de direitos centrada em valores democráticos fundamentais. É nessa capacidade de fazer emergir um núcleo normativo resistente, mobilizável e transmissível que se decide, em última análise, a vocação renovada da Corte no espaço público europeu do século XXI.

Ao reafirmar a noção de “sociedade democrática” como princípio interpretativo fundamental, a Corte poderia, assim, estruturar uma arquitetura de valores capaz de orientar seu raciocínio, fortalecer sua função doutrinária

83 DUBOUT, E. “Les limites du contrôle européen des droits fondamentaux et la justification transnationale”, op. cit., p. 96 e ss.

e assegurar uma recepção mais compreensível de sua jurisprudência. Uma vez esclarecido, esse núcleo axiológico abriria caminho para uma transformação sistêmica de todo o direito convencional, cujos efeitos concretos cumpre agora examinar.

B. OS BENEFÍCIOS SISTÊMICOS DE UMA NORMATIZAÇÃO DOS VALORES ESSENCIAIS

Uma estruturação explícita dos valores fundamentais traria inúmeros benefícios sistêmicos à Corte Europeia dos Direitos Humanos, tanto do ponto de vista da qualidade jurídica de sua jurisprudência quanto de sua capacidade de exercer autoridade efetiva na ordem jurídica europeia e para além dela.

Em primeiro lugar, esse esclarecimento axiológico permitiria redefinir de forma mais rigorosa o âmbito de aplicação da margem nacional de apreciação. Atualmente, essa margem funciona frequentemente como mecanismo de ajuste de contornos variáveis, utilizada de acordo com considerações pouco consolidadas, como a existência de um consenso europeu, a sensibilidade política do tema ou as especificidades culturais nacionais. Essa plasticidade normativa, embora responda a uma preocupação de subsidiariedade, tende a fragilizar a unidade do sistema convencional, deixando aos Estados um espaço de manobra impreciso, quando não arbitrário. Uma estruturação axiológica — fundada em princípios inegociáveis como a dignidade, a igualdade ou o pluralismo substantivo — permitiria transformar essa margem em verdadeiro instrumento de conciliação fundamentada, capaz de distinguir claramente os domínios nos quais nenhuma concessão é admissível daqueles em que permanece possível certa diversidade interpretativa.

Essa abordagem se inscreveria em uma lógica de clareza e transparência jurídicas, apta a orientar as jurisdições nacionais. Ela encontra eco no caso *Tănase vs. Moldávia*⁸⁴, no qual a Corte evidenciou a importância da democracia pluralista diante de uma tentativa de restrição arbitrária do direito de elegibilidade. Em *M.S.S. vs. Bélgica e Grécia*⁸⁵, a Corte demonstrou que, mesmo em um contexto de repartição de responsabilidades europeias, determinadas exigências fundamentais condições de detenção e acesso ao procedimento de asilo não podem ser relativizadas em nome de qualquer margem de apreciação. Do mesmo modo, o caso *A.P., Garçon e Nicot vs. França*⁸⁶ poderia ter avançado na afirmação de um princípio de autonomia corporal em matéria de identidade de gênero, evitando as ambiguidades interpretativas permitidas por uma margem não delimitada.

84 Corte EDH, sentença de 27 de abril de 2010, *Tănase vs. Moldávia*, pet. n° 7/08.

85 Corte EDH, sentença de 21 de janeiro de 2011, *M.S.S. vs. Bélgica e Grécia*, pet. n° 30696/09.

86 Corte EDH, sentença de 6 de abril de 2017, *A.P., Garçon e Nicot vs. França*, pet. n° 79885/12, 52471/13 e 52596/13.

Assim concebida, a margem de apreciação deixaria de ser uma liberdade de ação ilimitada conferida aos Estados e passaria a constituir uma zona juridicamente delimitada, enquadrada por princípios superiores e inegociáveis. Ela já não seria instrumento de um relativismo jurídico disfarçado sob o pretexto da subsidiariedade, mas o espaço de um pluralismo estruturado, no qual a interpretação nacional não poderia se afastar de certos núcleos duros sem justificção argumentada e juridicamente admissível. Tornar-se-ia, assim, instrumento de regulação da diversidade no interior de um quadro unificado de proteção, assegurando simultaneamente o reconhecimento das identidades nacionais e a universalidade dos direitos. Nesse sentido, ela reforçaria a previsibilidade e a segurança jurídica, mas também o alcance transformador do direito convencional, articulando o reconhecimento das diferenças com a exigência de um núcleo comum de valores protetivos, irredutíveis às contingências políticas ou culturais.

Além disso, essa estruturação axiológica melhoraria significativamente a coerência e o rigor da ponderação entre direitos concorrentes. As frequentes tensões entre liberdade religiosa e igualdade de gênero, liberdade de expressão e proteção contra discursos de ódio, ou ainda segurança pública e respeito à vida privada, exigem um esclarecimento metodológico baseado em uma hierarquização explícita dos princípios. Caso contrário, a jurisprudência permanece exposta à crítica de imprevisibilidade e até mesmo de arbitrariedade em suas ponderações. Uma arquitetura interpretativa explícita, fundamentada em princípios cardinais como a não discriminação, a autonomia, a integridade pessoal, a justiça e a solidariedade, ofereceria um quadro de referência que permitiria decisões transparentes, reproduzíveis e mais bem fundamentados na *ratio juris* dos casos.

Assim, no caso *Oliari e outros vs. Itália*⁸⁷, a Corte poderia ter ancorado sua condenação em uma exigência mais firme de reconhecimento jurídico dos casais homossexuais, não apenas no terreno do respeito à vida privada, mas a partir de uma articulação entre igualdade, dignidade e reconhecimento social. No caso *Tarakhel vs. Suíça*⁸⁸, a consideração da vulnerabilidade das crianças migrantes teria ganhado força se estivesse expressamente apoiada em um princípio de proteção reforçada das pessoas em situação de dependência, fundado na justiça social e na integridade pessoal. E, em *Baka vs. Hungria*⁸⁹, a violação da liberdade de expressão de um juiz poderia ter sido examinada à luz de um princípio normativo superior de separação de poderes e garantia funcional dos contrapoderes.

87 Corte EDH, sentença de 21 de julho de 2015, *Oliari e outros vs. Itália*, pet. n° 18766/11 e 36030/11.

88 Corte EDH, sentença de 4 de novembro de 2014, *Tarakhel vs. Suíça*, pet. n° 29217/12.

89 Corte EDH, sentença de 23 de junho de 2016, *Baka vs. Hungria*, pet. n° 20261/12.

Ensinaamentos valiosos podem ser extraídos da jurisprudência comparada. A Corte Interamericana, em *Duque vs. Colômbia*⁹⁰, afirmou que o reconhecimento dos vínculos afetivos em casais homossexuais decorre da dignidade humana e que sua exclusão constitui discriminação estrutural. A Corte Africana, em *Tanganyika Law Society vs. Tanzânia*⁹¹, considerou que a proibição de candidaturas independentes violava o direito à participação política, por reduzir a liberdade individual em favor de um monopólio partidário. O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em *IDG vs. Espanha*⁹², recordou que o direito à moradia não pode ser esvaziado de seu conteúdo por despejos arbitrários, sob pena de negar as exigências fundamentais de dignidade e segurança.

Por fim, esse esclarecimento axiológico reforçaria significativamente o diálogo entre a Corte e as jurisdições nacionais. Uma jurisprudência baseada em valores claramente identificados, constantes e sistematizados facilita sua transposição para as ordens jurídicas internas, criando uma linguagem comum entre Estrasburgo e os tribunais nacionais. A Corte permite, assim, que estes se apropriem dos padrões europeus segundo uma lógica de co-interpretação ativa e dinâmica, em vez de percebê-los como imposições externas suscetíveis de afrontar a soberania jurídica interna. Esse processo de apropriação mútua é tanto mais fundamental quanto a legitimidade do sistema convencional que repousa na adesão concreta de seus atores domésticos.

Nessa perspectiva, a subsidiariedade não pode ser reduzida a uma cláusula de autonomia nacional, mas deve tornar-se um princípio de diálogo reforçado em torno de valores comuns identificáveis. Uma Corte axiologicamente estruturada utiliza uma linguagem normativa suscetível de ser incorporada nas decisões dos tribunais supremos, nos debates parlamentares e até no ensino universitário. Ela não transmite apenas soluções, mas princípios argumentados, transmissíveis e discutíveis. Essa capacidade de construir uma jurisprudência que dialoga, enraizada em princípios compartilháveis e oponíveis, constitui uma das alavancas mais poderosas da construção de um direito comum europeu dos direitos, fundado não apenas na convergência dos casos, mas na elaboração coletiva de fundamentos axiológicos irredutíveis à contingência dos sistemas nacionais.

Além disso, essa consolidação axiológica constituiria poderoso vetor de legitimação institucional. Uma jurisdição cujas decisões se apoiam em um núcleo de valores claramente identificados, articulados e justificados dispõe de maior poder de persuasão, sobretudo diante das críticas políticas ou dos questionamentos populistas. Ela não se impõe pela autoridade institucional, mas

90 Corte IDH, sentença de 26 de fevereiro de 2016, *Duque vs. Colômbia*, Série C, nº 310.

91 Corte ADHP, sentença de 2 de junho de 2011, *Tanganyika Law Society vs. Tanzânia*, pet. nº 009/2011.

92 Corte EDH, sentença de 13 de fevereiro de 2020, *IDG vs. Espanha*, pet. nº 8675/15 e 8697/15.

pela força de seu raciocínio. Essa transição de um poder de imposição a um poder de convencimento representa profunda mudança de paradigma: a Corte torna-se órgão hermenêutico central não apenas na ordem jurídica europeia, mas também na esfera pública democrática. Ela volta a ser uma autoridade doutrinária, produtora de normas interpretativas capazes de estruturar o debate jurídico, de alimentar as reflexões constitucionais nacionais e de estabelecer referências em sociedades em transformação. Essa autoridade axiológica é ainda mais valiosa nos litígios chamados “societais”, nos quais se espera que a Corte funcione como bússola ética em debates frequentemente polarizados, como os relativos ao fim da vida, aos direitos reprodutivos ou ao reconhecimento de identidades minoritárias. Nesse sentido, o caso *Vavříčka e outros vs. República Tcheca*⁹³, sobre a vacinação obrigatória, ou *Y. vs. Polônia*⁹⁴, relativo ao acesso ao aborto, poderiam ter constituído oportunidades para esclarecer as articulações normativas entre interesse geral, autonomia corporal e proteção das pessoas vulneráveis.⁹⁵

Finalmente, essa normatização axiológica permitiria à Corte inserir-se ainda melhor no ecossistema internacional de proteção dos direitos fundamentais. Ao adotar um núcleo comum de princípios fundamentais — dignidade humana, igualdade, pluralismo, autonomia e solidariedade —, a Corte não se limitaria a consolidar sua própria jurisprudência: contribuiria para o surgimento de uma linguagem normativa transnacional, capaz de ancorar duradouramente os direitos fundamentais em uma ordem jurídica global que enfrenta a ascensão dos particularismos e a erosão do consenso liberal. Tal empreendimento não significa uniformizar as normas, mas esclarecer rigorosamente seus princípios subjacentes, seu alcance vinculante e sua capacidade de estruturar a interpretação em escala regional e inter-regional.

É nessa perspectiva que a convergência hermenêutica com as jurisdições parceiras adquire pleno sentido. O Tribunal de Justiça da União Europeia, especialmente nos casos *Digital Rights Ireland*, de 2014⁹⁶, e *Schrems II*, de 2020⁹⁷, aplicou o princípio da dignidade para enquadrar a proteção dos dados pessoais, afirmando a primazia da pessoa humana sobre as lógicas securitárias e comerciais. Da mesma forma, o Comitê de Direitos Humanos das Nações

93 Corte EDH, sentença de 8 de abril de 2021, *Vavříčka e outros vs. República Tcheca*, pet. n.º 47621/13.

94 Corte EDH, sentença de 17 de fevereiro de 2022, *Y. vs. Polónia*, pet. n.º 74131/14.

95 A Corte admite limitações aos direitos sobre o próprio corpo em nome do interesse geral, sem, contudo, estabelecer a autonomia corporal como princípio estruturante de seu raciocínio.

96 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (TJUE), sentença de 8 de abril de 2014, *Digital Rights Ireland*, processos C-293/12 e C-594/12.

97 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (TJUE), sentença de 16 de julho de 2020, *Data Protection Commissioner/Maximillian Schrems e Facebook Ireland*, processo C-311/18.

Unidas, em *Mellet vs. Irlanda*⁹⁸ e *Whelan vs. Irlanda*⁹⁹, estabeleceu o respeito à dignidade e à integridade física como fundamento dos direitos reprodutivos, exigindo que se superem às reservas de ordem moral ou cultural. A Corte Interamericana, no caso *Campo Algodonero vs. México*, estabeleceu uma obrigação estatal de combate à violência de gênero com base em estreita articulação entre igualdade material, acesso à justiça e reconhecimento da vulnerabilidade sistêmica. A Corte Africana, por sua vez, em *Lohé Issa Konaté vs. Burkina Faso*¹⁰⁰, incorporou ao raciocínio a necessidade de preservar um espaço democrático pluralista, consolidando a liberdade de expressão jornalística como condição para o exercício efetivo da cidadania. Assim reorientada, a jurisprudência da Corte Europeia poderia não apenas participar de uma cultura comum dos direitos, mas também constituir um polo doutrinário estruturante no diálogo entre sistemas. Por sua clareza axiológica, tornar-se-ia referência metodológica tanto quanto ator jurisdicional. O que está em jogo não é a hegemonia, mas uma compreensão compartilhada dos princípios: uma densidade normativa simultaneamente rigorosa, adaptável e capaz de gerar convergências sem apagar os contextos.

Nesse quadro, a Corte Europeia poderia tornar-se um polo de integração normativa, capaz de tornar audível e compreensível o núcleo ético compartilhado dos sistemas regionais diante de fenômenos globalizados como a vigilância algorítmica, a precarização da condição dos refugiados ou as restrições às liberdades sexuais e reprodutivas. Essa função integradora não significa hegemonia, mas coordenação de princípios: unidade pela densidade axiológica e não pela uniformidade das soluções. Ela responde a uma exigência de inteligibilidade transfronteiriça do direito dos direitos humanos, indispensável à sua legitimidade em um espaço jurídico-político fragmentado, porém interdependente.

Somente sob essa condição a Corte poderá responder aos desafios contemporâneos: enfraquecimento dos contrapesos, polarização das opiniões, ascensão de governos não-liberais e instrumentalização do direito a serviço de agendas autoritárias. Ao estruturar explicitamente seus princípios orientadores, a Corte reforçará não apenas a qualidade jurídica de sua jurisprudência, mas também sua capacidade de constituir um polo de estabilidade normativa em um mundo atravessado pela incerteza, pelo relativismo político e pela erosão do universalismo dos direitos. Poderá, então, cumprir plenamente sua vocação: não apenas julgar casos, mas esclarecer normas, estruturar princípios e orientar

98 COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS, decisão de 17 de novembro de 2016, *Mellet vs. Irlanda*, comunicação n° 2324/2013.

99 Corte EDH, sentença de 8 de julho de 2014, *Whelan vs. Irlanda*, pet. n° 70495/10 e 74565/10.

100 Corte ADHP, sentença de 11 de junho de 2013, *Lohé Issa Konaté vs. Burkina Faso*, pet. n° 004/2013.

a Europa dos direitos em seus momentos de crise e em seus instantes de refundação.

A legitimidade da Corte repousa em sua capacidade de estar à altura dos desafios contemporâneos, não fugindo da conflitualidade do real, mas opondo-lhe a força serena de um direito rigorosamente interpretado, assumido em seus valores e exigente em seus princípios. A Corte somente poderá convencer de modo duradouro se se afirmar não como uma instância prudente e silenciosa, mas como um farol intelectual cuja luz indique o rumo de uma Europa fiel ao ideal dos direitos humanos. Já não é tempo de silêncio axiológico. Em um continente fragmentado, no qual os direitos fundamentais se tornam palco de confrontos ideológicos, a Corte Europeia de Direitos Humanos deve voltar a ser o que jamais deixou de ser: a voz jurídica dos valores que a Europa pretende defender. Não uma jurisdição cautelosa que oculta seus pressupostos, mas uma instância normativa que assume a estruturação intelectual de um espaço comum de direitos. É nessa capacidade de dizer não apenas o direito, mas também aquilo que o fundamenta, que reside o próprio futuro da Convenção. Um futuro que exige, mais do que nunca, esclarecimento doutrinário, pedagogia normativa e coragem interpretativa à altura dos desafios contemporâneos.

REFERÊNCIAS

ÁFRICA DO SUL. Corte Constitucional. *Minister of Home Affairs and Another v. Fourie and Another; Lesbian and Gay Equality Project and Others v. Minister of Home Affairs and Others*. CCT 60/04, [2005] ZACC 19. Sentença de 1º dez. 2005.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal, 2ª Câmara. *Görgülü*. Sentença de 14 out. 2004. Processo n. 2 BvR 1481/04.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. *Abhörurteil*. BVerfGE 39, 1.

ALEX, R. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

ANNUAIRE FRANÇAIS DE DROIT INTERNATIONAL (A.F.D.I.). Crônica anual dirigida por S. Touzé e D. Szymczak. Dados bibliográficos completos não informados no artigo.

BLANC-FILLY, Ch. *Les valeurs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Essai critique sur l'interprétation axiologique du juge européen*. Bruxelles: Larcier, 2016. 756 p. (Coleção “Droit de la Convention européenne des droits de l'homme”).

BURGORGUE-LARSEN, L. *Les trois Cours régionales des droits de l'Homme in contexte – La justice qui n'allait pas de soi*. Paris: Pedone, 2020.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentença de 10 maio 2006. Processo n. C-355/2006.

COMITÊ DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS DAS NAÇÕES UNIDAS. *Observation générale n° 14*. 11 ago. 2000. Doc. E/C.12/2000/4, art. 12.

COMITÊ DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS DAS NAÇÕES UNIDAS. *Observation générale n° 16*. 11 ago. 2005. Doc. E/C.12/2005/4, art. 3.

COMITÊ DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS DAS NAÇÕES UNIDAS. *Observation générale n° 5*. 9 dez. 1994. Art. 19.

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. *Jeong et al. c. République de Corée*. Decisão de 24 mar. 2011. Requerimentos n. 1642-1741/2007.

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. *Kennedy c. Trinité-et-Tobago*. Decisão de 26 mar. 2002. Comunicação n. 845/1999.

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. *Mellet c. Irlande*. Decisão de 17 nov. 2016. Comunicação n. 2324/2013.

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. *Observation générale n° 20*. Doc. A/47/40(SUPP), art. 7.

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. *Observation générale n° 34*. 9 jul. 2011. Doc. CCPR/C/GC/34, art. 19.

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. *Observation générale n° 35*. 31 out. 2014. Doc. CCPR/C/GC/35, art. 9.

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. *Observation générale n° 36*. 3 set. 2019. Art. 6.

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. *Toonen c. Australie*. Decisão de 31 mar. 1994. Comunicação n. 488/1992.

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. *Yoon et Choi c. République de Corée*. Decisão de 3 nov. 2006. Comunicações n. 1321/2004 e 1322/2004.

CORTE AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS (Corte ADHP). *Actions pour la Protection des Droits de l'Homme (APDH) c. Côte d'Ivoire*. Sentença de 18 nov. 2016.

CORTE AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS (Corte ADHP). *Konaté c. Burkina Faso*. Sentença de 5 dez. 2014.

CORTE AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS (Corte ADHP). *Lohé Issa Konaté c. Burkina Faso*. Sentença de 11 jun. 2013. Requerimento n. 004/2013.

CORTE AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS (Corte ADHP). *Tanganyika Law Society c. Tanzanie*. Sentença de 2 jun. 2011. Requerimento n. 009/2011.

CORTE AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS (Corte ADHP). *Tanganyika Law Society et autres c. Tanzanie*. Sentença de 14 jun. 2013.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *A., B. et C. c. Irlande*. Sentença de 16 dez. 2010. Requerimento n. 25579/05.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *A.P., Garçon et Nicot c. France*. Sentença de 6 abr. 2017. Requerimentos n. 79885/12, 52471/13 e 52596/13.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *B.S. c. Espagne*. Sentença de 24 jul. 2012. Requerimento n. 47159/08.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *Baka c. Hongrie*. Sentença de 23 jun. 2016. Requerimento n. 20261/12.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *Bayatyan c. Arménie*. Sentença de 7 jul. 2011. Requerimento n. 23459/03.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *Bédat c. Suisse*. Sentença de 29 mar. 2016. Requerimento n. 56925/08.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *Bouyid c. Belgique*. Sentença de 28 set. 2015. Requerimento n. 23380/09.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *Communauté genevoise d'action syndicale c. Suisse*. Sentença de 15 mar. 2022. Requerimento n. 21881/20.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *Dubská et Krejzová c. République tchèque*. Sentença de 15 nov. 2016. Requerimentos n. 28859/11 e 28475/12.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *Evans c. Royaume-Uni*. Sentença de 10 abr. 2007. Requerimento n. 6339/05.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *Fábián c. Hongrie*. Sentença de 15 dez. 2015. Requerimento n. 78117/13.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *Fedotova c. Russie*. Sentença de 13 jul. 2021. Requerimento n. 40792/10.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *Garib c. Pays-Bas*. Sentença de 6 nov. 2017. Requerimento n. 43494/09.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *Handyside c. Royaume-Uni*. Sentença de 7 dez. 1976. Requerimento n. 5493/72.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *IDG c. Espagne*. Sentença de 13 fev. 2020. Requerimentos n. 8675/15 e 8697/15.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *J.M.B. c. France*. Sentença de 30 jan. 2020. Requerimento n. 9671/15.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *Jehovah's Witnesses of Moscow c. Russie*. Sentença de 10 jun. 2010. Requerimento n. 302/02.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *K.O. et V.M. c. Norvège*. Sentença de 19 nov. 2019. Requerimento n. 64808/16.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*. Sentença de 7 dez. 1976. Requerimentos n. 5095/71, 5920/72 e 5926/72.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *Lautsi c. Italie*. Sentença de 18 mar. 2011. Requerimento n. 30814/06.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *Leyla Şahin c. Turquie*. Sentença de 10 nov. 2005. Requerimento n. 44774/98.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *Liliendahl c. Islande*. Sentença de 12 maio 2020. Requerimento n. 29297/18.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *M.S. c. Croatie*. Sentença de 25 abr. 2013. Requerimento n. 36337/10.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *M.S.S. c. Belgique et Grèce*. Sentença de 21 jan. 2011. Requerimento n. 30696/09.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *Macaté c. Lituanie*. Sentença de 23 jan. 2023. Requerimento n. 61435/19.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *Oliari et autres c. Italie*. Sentença de 21 jul. 2015. Requerimentos n. 18766/11 e 36030/11.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *Osmanoğlu et Kocabaş c. Suisse*. Sentença de 10 jan. 2017. Requerimento n. 29086/12.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *Otite c. Royaume-Uni*. Sentença de 27 set. 2022. Requerimento n. 18339/19.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *P. V. c. Espagne*. Sentença de 30 nov. 2010. Requerimento n. 35159/09.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *Papageorgiou et autres c. Grèce*. Sentença de 22 out. 1997. Requerimento n. 51923/12.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *Parti communiste unifié de Turquie c. Turquie*. Referência indicada como “op. cit.” na nota 79; demais dados não informados no artigo.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *Perinçek c. Suisse*. Sentença de 15 out. 2015. Requerimento n. 27510/08.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *Plattform Ärzte für das Leben c. Autriche*. Sentença de 21 jun. 1988. Requerimento n. 10126/82.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *Pretty c. Royaume-Uni*. Sentença de 29 abr. 2002. Requerimento n. 2346/02.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *Refah Partisi c. Turquie*. Sentença de 31 jul. 2001. Requerimentos n. 41340/98, 41342/98, 41343/98 e 41344/98.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *S.A.S. c. France*. Sentença de 1º jul. 2014. Requerimento n. 43835/11.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *Tănase c. Moldova*. Sentença de 27 abr. 2010. Requerimento n. 7/08.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *Tarakhel c. Suisse*. Sentença de 4 nov. 2014. Requerimento n. 29217/12.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *Tyrer c. Royaume-Uni*. Sentença de 25 abr. 1978. Requerimento n. 5856/72.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *Vavříčka et autres c. République tchèque*. Sentença de 8 abr. 2021. Requerimento n. 47621/13.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *Whelan c. Irlande*. Sentença de 8 jul. 2014. Requerimentos n. 70495/10 e 74565/10.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *X. c. ex-République yougoslave de Macédoine*. Sentença de 17 jan. 2019. Requerimento n. 29683/16.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *Y. c. Pologne*. Sentença de 17 fev. 2022. Requerimento n. 74131/14.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). *Y.T. c. Bulgarie*. Sentença de 4 jul. 2024. Requerimento n. 41701/16.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Corte IDH). *Atala Rizzo et filles c. Chili*. Sentença de 24 fev. 2012. Série C, n. 239.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Corte IDH). *Avis consultatif OC-18/03: Condition juridique et droits des migrants en situation irrégulière*. Parecer consultivo de 17 set. 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Corte IDH). *Avis consultatif OC-20/09: Droits de l'enfant et garanties judiciaires*. Parecer consultivo de 29 nov. 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Corte IDH). *Duque c. Colombie*. Sentença de 26 fev. 2016. Série C, n. 310.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Corte IDH). *Gelman c. Uruguay*. Sentença de mérito e reparações de 24 fev. 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Corte IDH). *González et autres (« Campo Algodonero ») c. Mexique*. Sentença de 16 nov. 2009. Série C, n. 205.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Corte IDH). *I.V. c. Bolivie*. Sentença de 30 nov. 2016. Série C, n. 329.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Corte IDH). *Kimal c. Argentine*. Sentença de 2 maio 2018. Série C, n. 348.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Corte IDH). *López Álvarez c. Honduras*. Sentença de 1º fev. 2006. Série C, n. 141.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (CIJ). *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*. Sentença de 30 nov. 2010.

DUBOUT, E. “Les limites du contrôle européen des droits fondamentaux et la justification transnationale”. In: TOUZÉ, S. (dir.). *La Cour européenne des droits de l'homme – Une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*. Paris: Pedone, 2026.

FLAUSS, J.-F. “La Cour européenne des droits de l'homme : gardienne des droits de l'homme ou juge des libertés publiques ?”. *R.T.D.H.*, 2000, p. 923 e ss.

FULCHIRON, H. “La lisibilité et la compréhension interne de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme”. In: TOUZÉ, S. (dir.). *La Cour européenne des droits de l'homme – Une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*. Paris: Pedone, 2026. p. 151.

JACQUEMOT, F. *Le standard européen de société démocratique*. Faculté de droit de Montpellier, Collection thèse n. 4.

LARCHÉ, M. *Les fonctions des sources internationales dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*. Paris: Pedone, 2025. (Collection de la Fondation René Cassin).

LECUYER, Y. “La diabolisation de la Cour européenne des droits de l'homme”. *RDLF*, n. 11, 2023.

LEUPRECHT, P. “La Convention européenne des droits de l'homme face à la contestation de ses valeurs fondamentales”. *R.Q.D.I.*, p. 69-77, 2020.

SICILIANOS, L.-A. “La dimension humaine du droit international – Cours général de droit international public”. *R.CA.D.I.*, t. 440, p. 597.

TAMION, A. *Les droits, les droits fondamentaux, les valeurs : problèmes d'une fondation et d'une argumentation axiologique en droit*. 2024. Tese – Université Paris Panthéon-Assas, Paris, 2024.

TAMION, A. “Un nouvel acte dans le conflit sur les valeurs européennes, analyse de la lettre ouverte adressée à la Cour européenne des droits de l'homme par des chefs de gouvernements européens”. *Juspoliticum*, 3 jun. 2025.

TOUZÉ, S. “La Convention européenne des droits de l'homme : un instrument vivant au cœur des défis contemporains”. *R.T.D.H.*, 2025. No prelo.

TOUZÉ, S. “Le droit européen des droits de l'homme sera international ou ne sera pas – Pour une approche autopoïétique du droit international”. *R.G.D.I.P.*, n. 1, p. 1-19, 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (TJUE). *Data Protection Commissioner/Maximillian Schrems et Facebook Ireland*. Acórdão de 16 jul. 2020. Processo C-311/18.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (TJUE). *Digital Rights Ireland*. Acórdão de 8 abr. 2014. Processos C-293/12 e C-594/12.

MEMÓRIA HISTÓRICA /
HISTORICAL MEMORY

O CENTENÁRIO DO PROFESSOR PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA

THE CENTENARY OF PROFESSOR PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA

MÔNICA SETTE LOPES

A melhor forma de celebrar o centenário do Professor Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, Professor Emérito da Universidade Federal de Minas Gerais, é exercitar aquilo que para ele era a experiência vital de maior relevância: *escandir* as palavras em torno da vida humana e da vida do direito.

A palavra *escandir* não vem aleatoriamente. Ele a usava a partir do sentido do dicionário (“medir (versos) contando as sílabas longas e breves”, “dar destaque às sílabas de (palavra, verso) ao pronunciá-las”) para indicar o penetrar no sentido das palavras, dos textos, da realidade conflitante da experiência humana.

Os textos que apresentamos constituem a versão de três professores que o viram de forma distinta: a Professora Misabel de Abreu Machado Derzi, sua orientanda favorita e amiga de toda a vida, o Professor Victor Hugo Criscuolo Boson, com a curiosidade benfazeja para desvendar-lhe a história e os modos de pensar, e eu, que com ele vivi a intimidade e recebi, cotidianamente, as lições mais profícuas sobre as relações humanas e sobre o ser do direito na sua aplicação.

A Professora Misabel Derzi trilhou os discursos que lhe fez em três diferentes oportunidades. Disse que ele pedira os textos, que gostaria de tê-los, mas, por algum motivo, isso não se concretizou. Talvez tudo se deva a uma mensagem do acaso: os textos vêm hoje, agrupados, para expor esse homem tão interessante, na sua personalidade e no conhecimento das coisas, como homenagem no seu centenário completado no dia 06 de maio de 2026.

Ele certamente gostaria desta revisão, ao mesmo tempo amorosa e substancialmente reconstrutiva, de seu pensamento, de sua ideação.

Para dar o tom, o primeiro texto, porém, é o discurso que ele proferiu quando do recebimento do Título de Professor Emérito da Universidade Federal de Minas Gerais, no dia 14 de agosto de 2002, na Sala da Congregação da Faculdade de Direito. Não publicado ao tempo, o registro hoje permite a revivência do momento.

Belo Horizonte, maio de 2026

DISCURSO PROFERIDO QUANDO DO RECEBIMENTO DO TÍTULO DE PROFESSOR EMÉRITO

SPEECH DELIVERED UPON RECEIVING THE TITLE OF PROFESSOR EMERITUS

PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA

Sr. Diretor.

Srs. Professores.

Jovens universitários.

Minhas Senhoras. Meus Senhores.

Uma aragem distante, um distante fio de lembranças e relembrações voltam a reviver o aconchego que nos aqueceu nos bancos da Escola, que se vieram tornando mais lúcidos, mais construídos e reconstruídos pela historicidade da vida e nos vieram encontrar aqui e agora, por mãos amigas, dez anos depois de que nos supúnhamos dispersados pelo esquecimento.

Sabemos e sentimos que hoje a memória avivou as forças de nossa vocação para um *eu* comum, não como se voltássemos no tempo, mas como se estivessemos no tempo, como forma de preservação do espírito comum, das ideias que não se apagaram e do mesmo calor de estarmos juntos uns dos outros.

Perpassa-me a memória um dito do gênio germânico, tão lapidarmente expresso por *Ludwig Feuerbach*, de que “*só não me aquece o que não sei*”. Também e mais do que tudo “*a quase sempre indecifrada realidade interior*” pode, por momentos, escapar-nos da memória viva. É a que nos enleva, nos prende como um fio imarcescível e nos faz embrenhar pelos mais remotos grotões da vida. Tão real para mim e cheio de historicidade é este reencontro, enobrecido pela generosidade dos meus colegas, os professores desta Casa, que dificilmente consigo distinguir este dia e esta hora da diuturnidade de todos os dias e de todas as horas aqui passadas, nas salas de aulas, na sala dos professores, em que se digladiavam os ditos mais felinos e alegres como aquela pequena história de um dia de prova, aos correspondentes talvez ao quinto período atual. Formulei uma questão singela, esclarecendo aos então cultos jovens:

— Enriquecimento sem causa. Conceito e desenvolvimento.

Neste instante, por detrás de uma coluna, o aluno me perguntou:

— Professor, enriquecimento é sem H ou com H?

Ao que respondi de pronto:

— Com H, meu filho, por causa de Henrique.

A Turma desabou.

E quando um professor, aliás de Direito Administrativo, que se encontrava comigo no tablado, perguntou:

— Por que você fez isto?

Só respondi:

— Não sou eu quem vai tirar a inocência dele!

E nisso também consistia o espírito desta Casa. Na alegre interlocução, nas permanentes escaramuças da relação prazerosa com os jovens no seu processo de conhecer, de aprender o direito. Entre a austeridade e o diálogo aberto, a primeira norma exigível ao mestre era estar sempre precavido, porque os espirituosos sempre se adiantavam no enalço do professor desprevenido.

Tudo, porém, escorria sem que se perdessem por um só momento o espírito e o que sempre animou a Casa de Afonso Pena: a construção de uma mente atilada para os embates da prática do Direito, por sobre os alicerces de um expositivo e permanente contexto teórico.

Von Jhering, em passagem de seu monumental *L'Esprit du Droit Romain*, lavrou uma sentença de fundo realista ao dizer que o “direito é prático”. Para desdobrarmos a sua incisiva sentença, podemos dizer, em quase metáfora teleológica, que o Direito tende à praticidade.

A vocação de toda a estrutura, de toda a doutrina jurídica, seja no sistema germânico-continental, seja no sistema anglo-saxão ou no realismo escandinavo, pauta a dinâmica do espírito jurídico por um sentido prático, que gradualmente se desprendeu dos limbos do jusnaturalismo, do racionalismo ideativo, das dissertações profusamente especulativas e conceituais, para entremear-se no mundo do *ser-vivente* e por ele infiltrar-se em sua problemática coexistencial.

É interessante que já em meados do Século XIX, se debatiam as duas vertentes em que as correntes filosófico-didáticas foram, em pinceladas, retratadas pelo genial *Feuerbach*, em prospecção de seu tempo, em que a filosofia,

a partir e desde *Wolf* procurou apossar-se da Ciência do Direito, mas recuou como subsídio dos jurisconsultos e como auxiliar do direito legislado. O que de inseguro oscilava na experiência procurava ela ligar na certeza de uma eterna verdade; o que como pura historicidade se ensinava, restituía ela, Filosofia, como algo matematicamente demonstrado. Certeza, clareza e nitidez do conhecimento é o que tão só queria ela, mas isto era demasiado. Evidenciou-se logo que ela muito mal tinha cumprido sua promessa. Suas demonstrações não eram mais do que telas de conceitos, esgarçadas, que nem novas verdades propiciava e nem as antigas fortalecia¹.

O dilema desse caminhar persiste e a luta continua, perto de um impasse: o que fazer do Direito, em seu ensino, ou pautá-lo pela pura praticidade, pela

1 FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Naturrecht und positives Recht*. Freiburg: Rudolf Haufe, 1993, p. 175-176.

colagem pseudo-exegética dos artigos de lei, como uma escola mecanicamente profissional, que tão somente fornece instrumentos e fórmulas cirúrgicas, sem todavia abrir espaços e luzes no ensino jurídico para o amálgama das teias em que elas se entretecem e a força de seu destino na tarefa de solver o borbulhante e irrenunciável conflito de interesses nas verdadeiras bases que pululam no *humus* social?

Em sua linguagem em plano novecentista, nas brumas sempre adensadas do pensamento germânico, o mesmo jusfilósofo, em lances reeditados por *Carl Schmitt*, parecia antever os pedregosos e tateantes caminhos por que viria transitar o ensino e o exercício das coisas jurídicas, o que renunciara *Feuerbach*, em moldura poética, insistindo em que os modelos didáticos do Direito devem atentar-se para

“os escolhos e os baixios donde se extrairá o saber, o qual não raro se esconde da teoria, mas que em sua vocacionada substância prática há de caminhar sob o sol do meio-dia, sob sua luz, sem a qual a ciência é cega”²,

em razão do que

“o espírito e a voz dos jusperitos (ausübenden *Rechtsgelehrten*) são o verdadeiro órgão através do qual a ciência do direito retorna à vida”³.

Ao ensino mesclado da prática vida jurídica, se parte das muitas vezes angustiantes, senão insolúveis, deformações do caso, do processo subsuntivo e da irrenunciável adequação da hipótese defrontada. Não podem dissociar-se, entretanto da operação mental da coordenação, das raízes principiológicas donde provém e em que se entramam as regras jurídicas, seja em seus menores elos de especificidade, seja na força omnicompreensiva de sua de generalidade.

Entremear os objetivos da pesquisa, o ensino da prática do Direito, com a constante volta à *cartilha*, pela qual sempre nos fustigava até no doutorado o nosso então e saudoso professor *Alberto Deodato*, mas o aditivo do caso, a ilustração do exemplo recolhidos da experiência cotidiana do professor devem vir entremeados pela teoria indagativa, pelo imanente e indagativo sentido das coisas, o que municia e fortalece o arsenal de aptidões que o jovem traz para a Faculdade e sobre que construirá a sua *ideia de Direito*, a sua alta *instrumentalidade* como técnica de percepção e de solução dos conflitos sociais em todas as suas dimensões.

Muito me é grato ao meu coração, que se cala genuflexo a este momento, em que me agracia com a sua mais alta láurea a minha Universidade, minha Faculdade, movidas pelo gesto magnânimo de sua Congregação, como me foi comunicado pelos professores ilustres Dra. Misabel Machado Derzi, Dr. João Batista de Oliveira Filho e Dr. Antônio Guedes.

2 FEUERBACH, 1993, p. 213.

3 FEUERBACH, 1993, p. 212.

Tocado do maior sentimento de identidade e de emoção, agradeço em muito os eminentes professores desta Casa, que se fizeram representar, neste ato, por sua brilhante oradora, Dra. Misabel, a quem dedico de muitos anos a maior admiração pela sua envolvente e penetrante inteligência, pelo sua invulgar talento, em que se sedimenta um acrisolado e multidisciplinar conhecimento jurídico, movido por seu incansável trabalho de pesquisa, que parte da área do Direito Tributário e se desdobra pelas vertentes da Teoria Jurídica, como o demonstrou em seu extraordinário *Direito Tributário, Direito Penal e Tipo*, a exemplo de tratadistas insignes, como *Radbruch*, penalista, como *Engisch*, penalista, como *Larenz*, civilista, como *Carl Schmitt*, constitucionalista-internacionalista, como *Canaris*, *Hauriou* e outros muitos, desbravadores, sem fronteira, do Direito, que movem a metodologia jurídica nos parâmetros da realidade sensível iluminada pela vocação universal de uma ordem sistemática, voltada para os anseios de paz e de justiça como vislumbrou Hans Kelsen.

A Faculdade não é parte de minha história, tornou-se a *minha história*, desde os bancos acadêmicos, desde o doutorado entre 1957 e 1958, que insensivelmente me puxaram para o magistério, cujos laços não mais se desfizeram e fizeram a *minha história*, que segue comigo como nas palavras de *Paulo Pontes*:

“Quero continuar narrando minhas histórias de maneira clara. Se me sobrar apenas um palmo de realidade para expor com clareza, será nesse palmo que vou pisar e, me sobrando fôlego, criar um nexó entre esse palmo de realidade e os milhares de quilômetros que não podem ser pisados”,

e sobre os quais aconchegarei a minha lembrança futura.

Muito obrigado.

Belo Horizonte, 14 de agosto de 2002.

**PELO CENTENÁRIO DO NASCIMENTO DO PROFESSOR
EMÉRITO, PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA**
*FOR THE CENTENARY OF THE BIRTH OF EMERITUS PROFESSOR,
PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA*

MISABEL DE ABREU MACHADO DERZI¹

Aos Excelentíssimos Srs. Professores da Faculdade de Direito da UFMG,
do passado, do presente e do futuro.

Srs. alunos, do presente, do passado e do futuro.

Srs. do suporte administrativo de sempre.

*“Não sei de quem possa mais do que ele orgulhar-se do nome de ho-
mem”.*

*(Gustavo Capanema referindo-se a Carlos Drummond de Andrade, ex-
pressão em todas as dimensões adequada ao Prof. Paulo Emílio)*

Nesta cerimônia de comemoração do centenário pelo nascimento do Pro-
fessor Emérito, Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, minhas saudações especiais
dirigem-se, em primeiro lugar, à Profa. Mônica Sette Lopes, sua esposa e com-
panheira dileta e ao seu filho, tão amado, o advogado, João Bráulio Faria de
Vilhena.

Pela primeira vez, caríssimo Professor *Paulo Emílio*, rendo-lhe homena-
gens, estando distante de sua presença física neste mundo fenomênico. Os pri-
meiros três discursos que lhe fiz, todos contando com a sua presença no recinto,
enfocaram ângulos parciais de sua personalidade. Talvez dimensões temporais
diferentes. O mais completo foi o terceiro, exatamente porque o último, profe-
rido por ocasião da titulação de “*professor emérito*”, premiação reconhecida
por decisão unânime da Congregação desta Faculdade. Tal título somente é
concedido, nos termos das normas gerais do Regimento da Universidade Fede-
ral de Minas Gerais, aos professores aposentados, diz o art. 97, “*cujos serviços
ao magistério e à pesquisa universitária foram considerados de excepcional re-
levância*”.

1 Professora Titular e Emérita da Universidade Federal de Minas Gerais.

Emérito, Srs. Professores, é o título honorífico que se concede a quem, tendo deixado de exercer o cargo, por seus méritos, dele detém as honras. Somente é concedido, pois, a quem dignifica o cargo.

Como aluna e orientanda no doutoramento (nunca *ex*) do Professor *Paulo Emílio*, alinho-me àquelas testemunhas que, aos milhares, desfrutaram de suas lições perenes em sala de aula e caminharam pelos caminhos por ele abertos, em plena liberdade de escolhas e de ricos convites à reflexão e à pesquisa. Essa foi a sua marca na docência: liberdades cultivadas, batizadas de pensamentos profundos, postos em pesquisa séria e permeados por considerações levemente irônicas. Sim, lições de excepcional relevância projetaram-no no tempo, atravessando as gerações do futuro.

Assim é que *Paulo Emílio* é o homem que dignifica a grandeza de ser homem. Toda essa nobreza carregou em diferentes perspectivas de sua rica personalidade. De tempos em tempos, já tive oportunidade de colher um desses aspectos.

1. O HOMEM QUE CULTIVOU E ENSINOU AS LIBERDADES. (O PASSADO).

Em 1994, tive a oportunidade de saudar o Prof. *Paulo Emílio*, por ocasião do lançamento de mais uma obra, pela Editora Del Rey, intitulada: *Direito e Processo do Trabalho*². E já naquela ocasião eu reclamava:

“Mas quem lê a obra de *Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena* e conhece a força e a consistência de seus textos científicos, passa logo a achar, ao contrário, que seus ombros deveriam e poderiam ostentar títulos ainda mais expressivos, que, por si só, dessem notícia da contribuição inestimável que trouxe à doutrina e à jurisprudência. Infelizmente nossas Universidades não conhecem títulos dessa natureza. Elas costumam distribuir as vagas de titular por disciplinas, segundo o modelo curricular que adotem em determinado momento. Se é sempre titular de alguma coisa: titular de Direito do Trabalho, de Direito Financeiro, de Direito Constitucional, de Teoria Geral do Direito ou de Filosofia do Direito. Nenhuma dessas titulações assenta bem em *Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena*. As específicas porque são demasiado estreitas, quando se está diante de um verdadeiro cientista do direito, as mais amplas, como Teoria Geral e Filosofia do Direito, porque não expressam a profunda acuidade e experiência jurídica que o tornam apto a falar sobre temas especiais de qualquer ramo jurídico. É que estamos diante, senhores, de um verdadeiro e grande jurista, um homem que conhece a unicidade da ciência jurídica. As Universidades deveriam conhecer uma titulação especial para esses casos, algo como titular dos titulares, e que retratasse o raro encontro dos verdadeiros cientistas. É que *Paulo Emílio*, ao

2 VILHENA, 1994.

contrário, pode porque sabe. A força de seu pensamento deriva de suas qualidades intrínsecas, não *ex autoritate*.”

Pois bem. Por tais razões, a Universidade Federal de Minas Gerais o premiou, reconhecendo-lhe o título de *emérito*. Ao Professor *Paulo Emílio*, por suas qualidades intrínsecas – sem cargo ou seu exercício – foram premiadas a excelência e a relevância excepcionais de suas atividades acadêmicas, no magistério e na pesquisa científica.

No poema *Relógio* (em *Serial*), *João Cabral de Mello Neto*³ considera que “ao redor da vida do homem existem certas caixas de vidro”, mas o Poeta, incerto sobre a natureza do aprisionamento humano, diz “se são jaulas não é certo; mais perto estão das gaiolas”. Assim, na construção poética, restou ao homem a condição pássaro cujo valoroso trabalho é produzir um canto harmonioso que, entretanto, está obstado pelas amarras, é incapaz:

“[...] O que eles cantam se pássaros,
é diferente de todos;
cantam numa linha baixa
com voz de pássaro rouco;
desconhecem as variantes
e o estilo numeroso
dos pássaros que sabemos
estejam presos ou soltos;
têm sempre o mesmo compasso
horizontal e monótono,
e nunca, em nenhum momento,
variam de repertório: [...] para quem tudo o que cantam
é simplesmente trabalho,
trabalho rotina, em série,
impessoal, não assinado,
de operário que executa
seu martelo regular
proibido (sem querer)
do mínimo variar. [...]”⁴

Um homem constituído sob tais circunstâncias – modos e formas de produção no capitalismo – permanece adstrito à repetição desvalida, sem arte, sem criação, até que, segundo o poeta, uma brusca alteração na estrutura em que se enquadra o force a mudar:

3 MELO NETO, 2013, p. 191-194.

4 MELO NETO, 2013, p. 192.

“[...] Quando por algum motivo
a roda de água se rompe,
outra máquina se escuta:
agora, de dentro do homem;
[...]
Então se sente que o som
da máquina, ora interior,
nada possui de passivo,
de roda de água: é motor;
se descobre nele o afogo
de que, ao fazer, se esforça,
e que ele, dentro, afinal
revela vontade própria [...]”⁵

A poesia de *Cabral de Melo Neto* é a retratação, não de uma formação humana necessária – lembrem-se de que ele se refere a outros pássaros, de canto harmonioso, os artistas e artesãos – mas de uma conformação sistêmica que retira opções, a “vontade própria”, e nega que seja o “motor” próprio sem o qual as ações do homem não se poderiam concretizar. O ser humano, já se disse, é essencialmente repetição, mas o processo psicanalítico não seria toda uma arte, técnica ou ciência, voltada à libertação subjetiva da “gaiola”, no sentido emocional?

Que esperar do decurso do tempo ou de esforços vãos, se o professor não é liberto e não ensina liberdades, como o da personagem de *Richard Bach*, que é aprendiz e professor ao mesmo tempo, capaz de ensinar a recém adquirida habilidade, sem retirar a pretérita?

Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena sempre foi um pássaro que nunca cantou em linha baixa, com voz de pássaro rouco, repetitivo e monótono, muito menos desconheceu variantes.

Aos sete anos de idade, já lhe era difícil conformar o espírito às aulas repetitivas e adestradoras de Da. Chiquinha, Professora lá do grupo escolar de Cambuí, onde seu pai, José Maria de Vilhena, era juiz. Foi então, aos sete anos de idade, que o menino *Paulinho*, *Paulo Emílio*, expulso do único grupo escolar da cidade, para vexame do Juiz de Direito, seu pai, a partir de então, foi obrigado a estudar com professora particular. Com *Carlos Drummond de Andrade*, passou-se episódio similar. Por isso, sobre o poeta fez *Gustavo Capanema* a seguinte consideração, em toda a extensão aplicável a *Paulo Emílio*: “*não sei de quem possa mais do que ele orgulhar-se do nome de homem*”. O espírito curioso, criativo e indomável não se conformava, desde os sete anos, aos limites estreitos, padronizados e padronizantes de Da. Chiquinha...

5 MELO NETO, 2013, p. 194.

2. O HOMEM ALTAMENTE PRODUTIVO EM OBRAS QUE ABREM CAMINHOS (O PRESENTE E O FUTURO)

Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena é dotado de currículo invejável, que impressiona pelos títulos, prêmios e honrarias outorgados. Variam desde medalhas e menções oficiais, como a “Comemorativa do Centenário de Nascimento de Clóvis Beviláqua”, do Ministério da Educação e da Cultura, 1959; o Grau de Comendador na ordem do Mérito Judiciário do Trabalho, em 1972; “Diploma de Honra ao Mérito Judiciário e Medalha Pedro Aleixo”, 1975, pelos serviços prestados à Justiça; “Medalha de Honra ao Mérito Judiciário de 1975”; até as singelas, mas representativas homenagens de seus alunos, em numerosas oportunidades manifestadas, elegendo-o paraninfo, tanto em turmas na UFMG, como em turmas da PUC-MG. Advogado brilhante, professor da Universidade Católica e da Universidade Federal de Minas Gerais, magistrado, ex-presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região de Minas Gerais, vice-diretor desta Faculdade, nela exercendo a diretoria por longo período, de outubro de 1975 a agosto de 1978. Centenas de vezes conferencista, três centenas de artigos e dezenas de livros publicados. Dentre os livros, destaquemos apenas os editados ou reeditados na última década por último:

- Contrato de Trabalho com o Estado, em nova edição revista e ampliada em 2002, LTR;
- Recursos Trabalhistas e outros estudos de Direito e Processo do Trabalho, LTR, 2001;
- Relação de Emprego, estrutura legal e supostos. 2ª. ed., rev. e ampliada em 1999, LTR;
- Princípios de Direito e outros Estudos – RTM, 1997;
- Direito Público e Direito Privado, sob o prisma das relações jurídicas. Del Rey, 1996;
- Direito e Processo do Trabalho. Estudos, Del Rey, 1996;
- Direito do Trabalho Aplicado – (em colaboração em obra coletiva, coordenada pela Profa. Alice Monteiro de Barros). Del Rey, 1990;
- Justiça Distributiva e Técnica Jurídica, entre outros.

Entretanto, esse registro da criatividade fértil de *Paulo Emílio* não nos aproxima do real significado desta homenagem. Ele foi um homem produtivo, tal como o compreendia *Edmund Husserl* (filósofo e matemático alemão do sec. XIX e fundador da fenomenologia) pois ele buscou a essência das coisas e os fundamentos das ciências. Toda consciência é consciência de algo e ser produtivo significa iluminar a compreensão do direito e do mundo.

É preciso insistir em tal ponto fundamental: a marca indelével que as obras de *Paulo Emílio* deixam no pensamento científico, abrindo os caminhos do conhecimento, instigando a investigação e chamando à reflexão. Essa a história de como *Paulo Emílio* superou as limitações e os condicionantes científicos, políticos, econômicos e emocionais para fazer ciência, ciência que é, verdadeiramente criação, inovação, superação do pré-estabelecido.

Wege nicht Werke, eis a fórmula famosa de Heidegger: “Caminhos não obras.” Por isso, Senhores, o importante é falar-lhes antes dos rumos científicos que *Paulo Emílio* imprimiu à ciência jurídica, dos caminhos novos que abriu em prol da justiça e do conhecimento. Por isso, se o futuro começa no passado como nos ensinou Heidegger, pela voz das gerações futuras, ele repercute além do tempo.

É que as obras, por mais geniais que sejam, são superáveis, aperfeiçoáveis, falíveis. O erro é inevitável à vida do espírito e já houve, por isso, quem o elegeisse - como *Popper* - em critério de confirmação da ciência e não de sua negação. A um *Copérnico* sucedeu um *Kepler*, a um *Kepler* um *Newton*, a um *Newton* um *Einstein*, e assim por diante. O conhecimento é lento e gradualmente construído por gerações que se sucedem. Por isso, a respeito de grandes líderes do pensamento, como *Paulo Emílio*, fala-se antes de caminhos abertos; ou seja, de obras que abrem caminhos.

3. O HOMEM QUE FOI ÚTIL, À LA BENTHAM, CRIANDO BEM-ESTAR NA CIÊNCIA.

Assim, é certo que, para quem quer fazer reflexões na Teoria Geral do Direito, é inafastável a consulta ao texto de nosso Professor Emérito, intitulado “O Pressuposto, o Requisito e a Condição na Teoria Geral do Direito e no Direito Público”, pela primeira vez publicado na *Revista de Informação Legislativa – Senado Federal*, XI-42: 115-128, abr-jun, 1974. Tema tão relevante que, não obstante, foi abordado com indiferença na doutrina, mesmo no Direito Público. Dessas lições, dentre outras, me vali em minha tese de doutoramento. O pressuposto, diz o ilustríssimo Professor, “vem enunciado na regra jurídica e só se alcança o conceito se o fato, o acontecimento (o suporte) do mundo exterior preenche aquela linha ideativa nela traçada”, mais adiante continua “quando se fala em pressuposto se está no terreno da existência ou não existência do fenômeno jurídico; quando se fala em requisito, já se alcança etapa superveniente, que é a da validade ou não do fenômeno jurídico; ao ser abordada a condição, ganha-se a linha da eficácia ou extinção do fenômeno jurídico” (p. 121-116).

Há quase trinta anos, publicava o nosso Mestre na *Revista de Informação Legislativa – Senado Federal*, outro estudo – que considero uma pequena obra prima, atual e cada vez mais imprescindível: “As Expectativas de Direito, a Tutela Jurídica e o Regime Estatutário”, republicado depois, em 1994, na

obra “*Direito e Processo do Trabalho - Estudos*”, pela Editora Del Rey. É que entre as expectativas de direito e os direitos adquiridos, inserem-se os “direitos expectados”, como lembra *Paulo Emílio*, ou os “direitos a adquirir direitos”, de *Pontes de Miranda*. O fenômeno se apresenta quando a aquisição de um *status* (por ex. o de servidor público, ou de beneficiário da Previdência Social) acarreta o preenchimento de uma série de requisitos, que se processam em um período de tempo relativamente longo, aproximando o titular do direito expectado, cada vez mais, dos benefícios prometidos pelo legislador. É evidente que é necessário proteger a boa-fé e a confiança de quem tomou as suas decisões e pautou a sua vida, acreditando nas promessas do legislador ou do administrador. É evidente que são coisas diferentes, porque estamos perante situações diferentes, modificar ou limitar direitos de um estatuto para quem espera por vinte e nove anos alcançá-los comparativamente a quem há apenas um ano adquiriu aquele *status*.

As críticas e lições de *Paulo Emílio* às frágeis teorias bipartidas – direito adquirido ou expectativa de direito – com menosprezo das expectativas de direito, intensificadas pela formação evolutiva no tempo, suscitando tutela especial, críticas de três décadas atrás, vêm sendo incorporadas pelo menos em parte pelo legislador. As reformas previdenciárias positivadas (ou administrativas) restritivas em garantias e benefícios, procuraram atenuar as perdas advindas com as mudanças, graduando-as segundo o tempo já decorrido, ou seja, o grau de intensidade do direito expectado. O direito transitório incorporou-se à prática nacional.

Mais recentemente, quando Procuradora Geral do Estado, deparei-me com problemas importantes, que somente pude solucionar satisfatoriamente, porque me amparei nos ensinamentos de *Paulo Emílio*, mais uma vez invocando, para isso, o primoroso ensaio sobre os direitos expectados ou os direitos a adquirir direitos.

Muito menos poderá o jurista emitir determinados conceitos de Teoria Geral do Direito, como *relação jurídica*; *Direito Público e Direito Privado*; *relação de emprego (e dentro dele, o de subordinação jurídica)*; *de justiça distributiva*, sem se socorrer das lições do grande Mestre *Paulo Emílio*. Pois não houve quem, dentre nós, tivesse comportamento mais científico do que *Paulo Emílio*. Linguagem precisa, consistência, método adequado, sistematização, brilho fulgurante e profundidade emergem de seus textos, aulas e conferências.

Sempre prezou ele, profundamente, a herança cultural que recebeu. Fez a verdadeira ciência, porque viu, como nos ensina *Souto Maior Borges*, a permanência das coisas na fugacidade da hora presente e, assim, nunca se cansou de louvar os acertos do passado, consultando e citando os mais refinados juristas que o antecederam ou lhe foram contemporâneos. Ao mesmo tempo, sabia distinguir nessa permanência o quanto de peculiar a hora presente tem e, assim, sem medo, abriu os caminhos da crítica diante de tudo que já foi ou é dito e

feito. Não aceitava a repetição acomodada, ou o conformismo medíocre e improdutivo.

Ele foi o homem que Bentham denominaria de ‘útil’ a si mesmo e à comunidade ao reduzir a dor, aumentando o bem-estar individual e social.

O grande dilema do verdadeiro cientista está bem retratado poeticamente no poema de *João Cabral de Melo Neto*. As academias científicas estão inseridas no meio social, e, assim, elas não podem ou não conseguem ser muito diferentes desse meio. Tendem a reproduzir as injustiças reinantes, as formas de dominação e a opressão que deveriam combater. Como lembra *Noam Chomsky*, poucos são aqueles que guardam a necessária visão crítica, livre, questionadora e independente, com que poderiam transformar a realidade e aperfeiçoar as instituições políticas, jurídicas e sociais.

Porque, como juiz, o Professor *Paulo Emílio* soube pôr a ciência - que abre caminhos e liberta - a serviço da Justiça, para libertar os operários, os pássaros roucos, que cantam baixo. Foi o juiz criador por excelência, que, em sua passagem junto ao Tribunal Superior do Trabalho, marcou profundamente a jurisprudência de nosso País. Basta considerar que importantes conquistas do trabalhador, como, por exemplo, *a integração do adicional de horas extras na remuneração do repouso semanal*, consagradas em seus votos e dos pares que liderava, vieram supervenientemente a ser reconhecidas pelo legislador. Igualmente, *o adicional de periculosidade, então restrito às atividades envolvidas com explosivos, foi estendido aos frentistas (que manipulam inflamáveis)*, graças à atuação jurisprudencial das correntes menos conservadoras, lideradas por *Paulo Emílio*.

Como cientista, trabalhou constantemente as limitações e as interações entre o literal e o não literal, e descobriu, dentro dos limites possíveis da palavra, sentidos, acepções e ambiguidades, até então ocultos e velados aos demais.

Senhores, resta-nos agradecer a *Paulo Emílio*, pelas atividades de magistério e pelos trabalhos científicos desenvolvidos, de tão grande mérito. Ao escrever sobre a Ciência Feliz, aquela que responde à verdadeira vocação interior do jurista, lembra *Souto Maior Borges* a resposta do naturalista *Hochstetter*, deão da Universidade de Viena, que lhe agradecia pelo longo e benéfico exercício de suas funções:

“Vocês me agradecem por uma coisa pela qual eu não mereço nenhum reconhecimento. Agradeçam antes aos meus pais e meus ancestrais que me transmitiram minhas inclinações e não outras. Porque se me perguntarem o que fiz durante toda a minha vida, no domínio da pesquisa e do ensino, devo confessar francamente que tenho em verdade feito sempre o que me divertia mais em cada momento”.

Como agradecer diretamente a *Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena*, nascido livre, conformado para a rebeldia intelectual e para a criação? Devemos agradecer a seus pais, talvez à sorte, ao destino ou a Deus.

O tempo do relógio – a marcação padrão que convencionamos – não faz justiça à realidade: cem anos do nascimento do Professor *Paulo Emílio*. Prefiro, sob as lições de *Heidegger*, utilizar-me do tempo autêntico, que mensura os entes em quatro dimensões: o passado, o presente, o futuro e a junção desses transes temporais anteriores, em unidade inseparável. Assim, o futuro começa no passado e o passado do futuro indica que a voz de *Paulo Emílio* canta alto, todas as vezes que a segurança jurídica é protegida nos direitos transitórios e os operários têm sua justa incorporação das horas extras em sua remuneração. Práticas e vozes das gerações futuras são o passado do futuro.

Brilantemente inteligente, genial, sedutor, colecionador de paixões intelectuais. Personalidade magnética. Mas quem haveria de resistir ao mavioso canto do conhecimento que, libertando, torna cativos espíritos e mentes?

Poucos, muito poucos, podem orgulhar-se, como ele, “*do nome de homem*”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MELO NETO, João Cabral de. **Melhores poemas**. (Seleção de Antonio Carlos Secchin). 1. ed. digital. São Paulo: Global, 2013.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Direito e processo do trabalho**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

“RELAÇÃO DE EMPREGO: ESTRUTURA LEGAL E SUPOSTOS” - UM CLÁSSICO CONTEMPORÂNEO DO DIREITO BRASILEIRO

“RELAÇÃO DE EMPREGO: ESTRUTURA LEGAL E SUPOSTOS” – A CONTEMPORARY CLASSIC OF BRAZILIAN LABOR LAW

VICTOR HUGO CRISCUOLO BOSON¹

RESUMO

O livro *Relação de Emprego: estrutura legal e supostos* (1975), de Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, enfrentou questões de seu tempo e, ainda hoje, segue fornecendo instrumentos para a redefinição dos contornos de incidência do Direito do Trabalho no Brasil. A obra formulou categorias decisivas para a compreensão da relação de emprego e mantém relevância nos debates acerca das respostas jurídicas às transformações do mundo do trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: *Relação de Emprego: estrutura legal e supostos*. Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena. Contexto de produção e circulação.

ABSTRACT

Five decades after its first publication, *Relação de Emprego: estrutura legal e supostos* (1975), by Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, remains a significant reference for rethinking the subjective scope of Labor Law in Brazil. By addressing the challenges of its historical context, the book forged influential conceptual categories for understanding the employment relationship and continues to inform debates on legal responses to transformations in the organization of work.

KEYWORDS: *Relação de Emprego: estrutura legal e supostos*. Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena. Production and circulation contexts.

INTRODUÇÃO

Entre os anos 1930 e 1960, um vasto repertório de monografias elaboradas em torno dos artigos 2º e 3º da CLT veio à cena. Foram livros que disputaram questões fundamentais à incidência de um ramo, o direito do trabalho, então em processo de afirmação e legitimação.

Alguns dos exemplares do gênero no período são *Natureza jurídica do contrato individual de trabalho* (1938), de Cesarino Júnior; *Trabalho a domicílio e contrato de trabalho* (1943), de Evaristo de Moraes Filho; *Contrato e relação de emprego* (1944), de Cotrim Neto; e *O empregado e o empregador no Direito brasileiro* (1954), de Mozart Victor Russomano. *Contrato de emprego* (1962), de Martins Catharino, figura como uma das últimas grandes tentativas desse ciclo de investigações sistemáticas.

Relação de Emprego: estrutura legal e supostos (1975), do jurista Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena (1926-2018), surge após mais de uma década de

1 Professor Assistente, da área de Direito e Processo do Trabalho, da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

rarefação das monografias dedicadas aos “possíveis” relativos aos artigos 2º e 3º da CLT.

Retomando questões que, embora estruturais, haviam deixado de ocupar posição de relevo nas investigações brasileiras desde o início dos anos sessenta, e inovando na abertura de teses inéditas, a obra pode ser considerada um clássico contemporâneo do direito do trabalho brasileiro. Não apenas porque, desde seu lançamento, se tornou referência recorrente na delimitação dos supostos da relação de emprego, mas porque se inscreve numa genealogia que organiza o próprio modo de ver o trabalho juridicamente regulado, ao mesmo tempo que continua a operar, muitas vezes de forma silenciosa, como fonte para categorias presentes nos livros e nas decisões, como técnica e horizonte do possível para o campo trabalhista.

Se os clássicos “vêm antes de outros clássicos” e permitem reconhecer seu lugar numa linhagem², a leitura de Vilhena marca um ponto de inflexão. Ao estruturar um vocabulário e um horizonte conceitual, enfrentou questões que ainda hoje se colocam.

1. O AUTOR E SEU(S) CONTEXTO(S)

Quando *Relação de Emprego* veio a lume, seu autor já possuía trajetória consolidada. Bacharel em Direito pela Universidade de Minas Gerais em 1950, acumulou passagens pela carreira pública – como funcionário do Instituto de Educação (1946–1948) e do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (1948–1951) –, pela advocacia (1951–1959) e, entremeadas por esta, duas breves experiências como juiz: de Direito, no interior de Minas, e do Trabalho, no Rio de Janeiro, no ano de 1957.

O mesmo Tribunal que o recebera como escrevente-datilógrafo na virada da década de 1940 o acolheria, em 1959, como magistrado, posto que ocuparia até aposentar-se, em 1978. É a partir desse itinerário que se pode inscrever um dos ângulos de redação da obra de 1975, muito provavelmente elaborada entre Brasília, para onde suas funções o levaram, entre 1972 e 1975, e Belo Horizonte, mais precisamente na rua Goitacazes, nº 200, seu então endereço nos anos setenta.

Como Presidente da 4ª JCJ de Belo Horizonte, por quase uma década (1959–1968), e, posteriormente, como Juiz do TRT da 3ª Região, além de convocado ao TST (1972–1975), Vilhena conviveu cotidianamente com o desafio de aplicar a CLT em meio a um quadro, por ele próprio denunciado, de juízes “formados, em sua maioria, na linha tradicional da predominância civilista”³.

2 A observação é de CALVINO, 1993. Seu emprego aqui, em escala diversa daquela atribuída pelo autor, busca indicar a capacidade de certas obras de organizar retrospectivamente uma tradição interpretativa.

3 VILHENA, 1975, p. 275.

Sem especialização trabalhista, muitos magistrados resistiam à tônica que presidiria a formação do direito do trabalho, produzindo interpretações dissociadas de seus princípios e incapazes de apreender o sentido unitário que, para Vilhena, deveria orientar o julgador diante das questões relativas ao trabalho humano⁴. O diagnóstico dirigido aos modos de atuação de seus pares trazia consigo uma reflexividade sobre a própria atividade de julgar, e sobre o lugar do qual ela deveria partir.

A experiência judicial é transversal ao livro de 1975. A denúncia da insuficiência dos critérios formais e a proposta de captação do real das relações, condensada na fórmula do “ato-fato-trabalho-por-conta-de-outrem”, emergem como resultado acumulado de uma prática de desvelamento. A “vocação relacional”, registrada por Mônica Sette Lopes para caracterizar sua produção teórica, “só faz sentido a partir da compreensão dos encontros que ocorriam nas salas de audiência e que eram traduzidos nas atas como relato”⁵. As experiências de datilografar, do ainda bacharelado; de interagir com as provas, do recém-formado advogado; de dirigir audiências e nelas perquirir, do magistrado; todas se relacionam com a conversão do audível, objetivação dos sons em palavras escritas, e participam dessa trama.

A obra, no entanto, não se deixa reduzir, *tout court*, à prévia experiência prática de seu autor. Entrecruza-se ao percurso profissional a carreira como professor, iniciada, em 1959, na Universidade Católica de Minas, e consolidada, como Livre-docente, na UFMG (1970-1991). A variedade de disciplinas a que se dedicou – do Direito do Trabalho ao Direito Civil, do Direito Comercial à História do Direito Brasileiro – revela o contato com um repertório heterogêneo de campos e fontes, decisivo para compreender tanto suas inserções de ensino quanto a tessitura conceitual da produção escrita coetânea.

Deliberadamente, seu percurso intelectual envolveu agenciamentos refratários às compartimentações disciplinares, comodamente reproduzidas pelo ensino especializado. Sua concepção, na síntese íntima de quem de fato o conheceu, era a de que “quanto mais se sabe das outras disciplinas, melhor se entende o direito do trabalho”, em meio ao “tônus aglutinador que preside a ordem jurídica em seu tráfico”⁶.

Entre as salas de aula e os textos publicados esparsamente, emerge uma proposta autoral pouco comum, associando elementos da romanística às inquietações diante das zonas de penumbra não alcançadas pelo formalismo jurídico-trabalhista. Não surpreende que os escritos dos anos cinquenta e sessenta – como *Empresa e Estabelecimento* (1952), *Empreiteiro artífice e contrato de trabalho* (1960), *Os “chapas” e a relação de emprego* (1965), *O trabalhador*

4 VILHENA, 1975, p. 275.

5 LOPES, 2012, p. 82.

6 LOPES, 2012, p. 99.

rural e as parcerias (1967), *O representante comercial e a relação de emprego* (1969) – gravitem em torno de figuras marginais, híbridas, resistentes à classificação fácil. O livro de 1975 recolherá questões então dispersas, mas não desvinculadas do fundo comum de uma agenda autoral voltada às zonas de não incidência, ou de incidência obtusa, do direito do trabalho no Brasil.

No percurso acadêmico de Vilhena, também a tese de doutoramento, concluída em 1960, sob o título *Justiça Distributiva e Técnica Jurídica*, anuncia questões que participarão do texto de 1975. A tese projeta um solo mais abrangente de compreensão - o da constituição do direito como técnica para o equacionamento de interesses no plano da coexistência social.

O trabalho de 1960 insere-se num momento de profunda reconfiguração do pensamento jurídico brasileiro. As décadas predecessoras haviam consolidado um vasto repertório de legislação previdenciária e trabalhista que desafiava as categorias clássicas do direito privado liberal de matriz potestativa. É nesse espaço que o texto se dedica à captação de traços de uma racionalidade distributiva que atravessa e reformula a técnica jurídica. A compreensão técnica do direito é engendrada pela recusa explícita à autonomia axiológica da norma. Validade jurídica não ostenta um super valor, nem se legitima por referência a uma justiça transcendental; ela se ancora, antes, em suportes de eficácia socialmente verificáveis: *conhecimento, aceitação e possibilidade de observância* são questões enunciadas para uma agenda que permanecerá subjacente aos trabalhos posteriores.

De acordo com a tese, a incorporação de “fatos novos” – fenômenos econômicos, sociais e ideológicos não capturados pelas formas preexistentes – exige do direito uma capacidade ampliada de juridicização. O conceito de *donné*, tomado de François Génys, é central, uma vez que o direito apropria-se de dados da realidade, transformando-os em hipóteses normativas e conferindo-lhes eficácia. Esse processo implica seleção, depuração, reorganização dos elementos do fato, de modo a integrá-los a um sistema de equacionamento de interesses. A justiça distributiva emerge como técnica de tratamento, redistribuindo cargas e benefícios segundo critérios que não se reduzem à lógica da troca. O direito do trabalho aparece, então, na tese, como produto dessa transformação.

A passagem de um modelo estritamente comutativo para um modelo que incorpora necessidades, condições pessoais e objetivos materiais revela a penetração da lógica distributiva no núcleo das relações privadas. Essa mutação é acompanhada por uma alteração correlata de técnicas normativas que serão vetorizadas no escrito de 1975: normas de ordem pública, imperativas, inderrogáveis, passam a incidir sobre relações privadas antes regidas pela autonomia

da vontade, configurando o fenômeno que o autor descreve, em 1960, como “socialização do direito”⁷.

Concluído o doutorado, seguiram-se dois manuscritos: *Da sentença normativa* (1961, 134 p.), apresentado como tese ao concurso para a cátedra de direito do trabalho da Faculdade de Direito da UMG, e *Contrato de trabalho com o Estado* (1965, 163p.), tese de livre-docência submetida à Faculdade de Ciências Econômicas da mesma universidade.

A intensidade de sua produção intelectual, sobretudo a partir dos anos 1960, havia sido notada pela constância que impressiona. Em carta, Valentim Carrion enuncia a pergunta, que não esconde a dificuldade de compreender: “como é que você faz com o seu tempo? Sem ânimo de brincadeira, gostaria mesmo que você me informasse de que forma organiza seu dia para, viajando tanto, tendo atividades judiciárias intensas, ainda sobrar para escrever e, o que é minha permanente angústia, tempo para ler. Como faz?”⁸.

A primeira edição de *Relação de Emprego* foi lançada em 1975 pela editora Saraiva e tem 308 páginas. Há muitos ângulos possíveis para contextualizar sua fatura intelectual. O da história política, por razões hoje possíveis graças à literatura sobre a justiça de transição, é um deles.

Entre a conclusão do doutorado e a publicação do livro de 1975, o país viveu grandes transformações, que impactaram os rumos dos *dois lugares* de Paulo Emílio: a Justiça do Trabalho e a Universidade. Suas carreiras como magistrado e como professor iniciam-se na fase final do intervalo democrático pré-1964. Mudanças ocorridas nesses espaços, após o golpe, são partes importantes para a compreensão do percurso e contexto de escrita.

Como demonstra Larissa Rosa Corrêa⁹, os anos pregressos a abril de 64 foram marcados por forte mobilização sindical e expansão das demandas trabalhistas, em um contexto de reformas e disputas políticas intensas. Após o golpe, sobretudo a partir de 1968, a repressão atinge progressiva e diretamente trabalhadores e lideranças sindicais, ao mesmo tempo que a Justiça do Trabalho se consolida como um dos poucos canais institucionais ainda disponíveis para a reivindicação de direitos. Paradoxalmente, a intensificação da exploração patronal e a restrição das liberdades coletivas ampliam o recurso ao Judiciário trabalhista, que passa a operar como recurso defensivo mínimo face à maior liberdade da empresa na exploração do trabalho. No plano normativo, medidas como a substituição da estabilidade decenal pelo FGTS indicam uma reorientação da política trabalhista, com efeitos diretos sobre a proteção ao emprego.

7 VILHENA, 1960.

8 CARRION, 1975.

9 CORRÊA, 2016.

No âmbito universitário, a pesquisa de Patto Sá Motta¹⁰ aponta que a intervenção do regime teve caráter sistemático, combinando repressão direta – com prisões, cassações e aposentadorias compulsórias, várias delas vitimando agentes da UFMG – e mecanismos de vigilância e controle institucional. As universidades foram alvos prioritários, vistas como espaços de difusão de ideias subversivas e de crítica social, o que resultou em cerceamentos da circulação intelectual e na filtragem ideológica de docentes e pesquisadores.

É nesse cenário que se pode situar parte da fatura intelectual de *Relação de Emprego*. Recusando a complacência, a obra registra postura crítica a injunções governamentais do período, seja ao problematizar a substituição da estabilidade decenal pelo FGTS; seja ao insistir no poder-dever de reconhecimento do emprego, mesmo diante de iniciativas, como a Lei n. 4.886 de 1965 e o Decreto-lei n. 369/68, voltadas à contenção desse reconhecimento; seja ao questionar a constitucionalidade de medidas editadas pelo governo central, como o Decreto 389 de 1968. Sua escrita tensiona com um contexto de compressão de direitos, sem abdicar da tarefa de reconstruir, nos “espaços de possíveis”¹¹, os fundamentos da proteção ao trabalhador.

Ao tempo da publicação de *Relação de Emprego*, o país parecia imerso na euforia do chamado “milagre econômico”, ponte Rio-Niterói, TV a cores, Irmãos Coragem, “Ninguém segura este país”, otimismo difundido pelo regime. Mas são também anos de arrocho salarial, de aprofundamento de exclusões, êxodos rurais, reconfiguração das relações de trabalho pelo afluxo agressivo do capital estrangeiro, fechamentos institucionais a contingentes marginais.

Em meio ao contraste entre *slogans* ufanistas e precarização material da classe trabalhadora, o livro recusará a leitura transigente e reafirmará a necessidade de retorno aos fundamentos da proteção para o processo histórico de fazi-mento - *tornando-se*, na expressão do autor¹² - do direito do trabalho brasileiro.

Desde a sua primeira edição, a obra é sem dúvida um marco intelectual para o campo trabalhista brasileiro. Entre os diversos elementos que explicam sua relevância, duas nucleações sobressaem. De um lado, ela inaugura um modo de análise que situa a relação empregatícia no interior do poder-função objetivo do empregador, enfatizando não os aspectos formais ou subjetivistas, mas os aspectos derivados da correlação atividade-atividade. De outro, situa o trabalho subordinado, por consequência, em diálogo com tendências transnacionais então negligenciadas pelos círculos domésticos, para então resgatar os fundamentos do direito do trabalho que lhe permitiriam preservar continuidade e capacidade adaptativa diante de transformações econômicas, organizacionais e técnicas operadas no capitalismo de seu tempo.

10 MOTTA, 2014.

11 Para essa noção, cf.: BOURDIEU, 1989.

12 VILHENA, 1975, p. 32.

Apenas essas duas notas já bastariam para singularizar a obra. Ela surpreende, contudo, pela capacidade de colocar em fronteira aspectos outros que são continuamente sitiados pela doutrina e estão sujeitos a reveses por reformas regressivas. Por essas e por outras razões evidenciadas pela fortuna da obra, ela conheceu recepção efetiva e longa, permanecendo como referência para diferentes gerações de juristas do trabalho.

2. AS IDEIAS

Em *Relação de Emprego*, a noção de *fattispecie* – o suporte fático que atrai a incidência normativa – é o correlato técnico-operacional da teoria do *donné* genyano pronunciada na tese de 1960. O dado social bruto (a prestação de trabalho subordinado) transforma-se em fato jurídico precisamente pelo trabalho de seleção e organização dos elementos que a justiça distributiva, como matriz técnica, exige para reequilibrar posições relacionais.

A relação de emprego, enquanto categoria central do direito do trabalho, é produto de um conjunto de operações conceituais que selecionam, organizam e qualificam elementos do real, conferindo-lhes determinado regime de consequências jurídicas. A delimitação do emprego não decorre de uma diferença natural, mas de uma decisão técnica acerca de quais elementos devem ser considerados juridicamente relevantes e de como devem ser combinados. Nessa perspectiva, a própria extensão da proteção aparece como resultado de um processo de juridicização seletiva dos fatos sociais.

Não há espaço, neste texto, para o recenseamento das múltiplas provocações ao estabelecido e ao rotineiro no debate intelectual por ocasião da publicação de *Relação de Emprego*, nos anos 1970. Algumas delas merecem, no entanto, registro, sem prejuízo de tantas outras que apenas a leitura direta do livro poderá revelar ao leitor.

O livro organiza-se em três capítulos. O primeiro funciona menos como uma introdução no sentido convencional e mais como um programa que articula elementos de diagnóstico histórico e de crítica legislativa. Seu foco imediato é a conformação normativa do direito do trabalho brasileiro e, em plano mais profundo, busca a coerência interna de um ramo que atravessava o que o próprio autor denominou seu “desarvoramento”¹³, por meio do reequacionamento de conceitos.

A protagonista do capítulo é a CLT, tratada de modo ambivalente. De um lado, é reconhecida como eixo estruturante do direito trabalhista nacional, responsável por conferir unidade a uma produção antes dispersa, funcionando como uma “estrutura armada, já em funcionamento”, da qual reformas futuras

13 VILHENA, 1975, p. 34.

poderiam partir¹⁴. De outro, o elogio é qualificado e circunscrito: apontam-se heterogeneidade, ausência de sistematização e “atecnia” em certos dispositivos. Ainda assim, tais críticas são entendidas como pontuais, incapazes de comprometer o significado global da Consolidação para a tradição brasileira. Com apoio em Carlos Campos, em passagem já prefigurada na tese de 1960, sustenta-se que o direito “perfeito” seria aquele capaz, em sua contingência histórica, de atender às necessidades sociais e canalizar conflitos por meio de mecanismos eficazes de compatibilização – função que o livro reputa bem-sucedida à CLT.

Nesse quadro, a crítica ao regime do FGTS, instituído em 1967, é desenvolvida. O Fundo é interpretado como reação ao espírito tutelar da CLT, ao substituir a estabilidade pelo “aceno econômico de uma periódica capitalização do tempo de serviço”¹⁵. O legislador não apenas teria reformado um instituto isolado, mas restituído ao contrato de trabalho a lógica da negociabilidade privada, sem que as condições materiais para seu exercício estivessem asseguradas. O debate em torno da substituição da estabilidade aparece, inclusive, nas correspondências. Em carta de abril de 1975, Antonio Lamarca reagia ao Fundo de Garantia como mecanismo de corrosão da segurança social do trabalhador: “Renunciariam os militares à estabilidade nos seus postos? [...] os juízes, à vitaliciedade?”¹⁶. Em cotejo com o livro, a missiva evidencia a percepção compartilhada acerca do tema com interlocutores, enunciada nos diálogos, sobre os rumos da tutela durante o regime militar.

Metodologicamente, o capítulo revela uma postura epistemológica relevante para os anos setenta. Parte-se da premissa de que o estudo de uma disciplina jurídica não prescinde da análise de sua conformação normativa, privilegiando-se as condições de produção, vigência e eficácia das leis, à luz das regras introdutórias da CLT. A ênfase na interpretação sistemática – cuja viabilidade se atribui à própria Consolidação – aproxima o autor de preocupações da teoria geral do direito que ainda encontravam resistências na literatura, principalmente nos manuais de área predominantemente exegéticos.

Na economia da obra, parte-se do aparato normativo para alcançar a relação de emprego, seu núcleo. A organização dos capítulos acompanha essa lógica. Entre o primeiro, dedicado às normas, e o terceiro, voltado ao empregado, insere-se o segundo, sobre o empregador. Da interação emerge a unidade da exposição.

O Capítulo II figura entre as tentativas mais abrangentes da literatura trabalhista brasileira de fixar conceitualmente o empregador, ao mesmo tempo em que expõe tensões e limites de construções anteriores. A estrutura é tripartida e se articula progressivamente: empregador como pessoa (dimensão ontológica),

14 VILHENA, 1975, p. 5.

15 VILHENA, 1975, p. 6.

16 LAMARCA, 1975.

como atividade (dimensão funcional) e como figura fisionomizada (dimensão relacional), nos atos-fatos que definem a posição jurídica.

Nas questões de fronteira, destaca-se o recurso ao princípio realístico, com primazia sobre formas negociais e simulatórias para a captação do empregador-pessoa. Não por acaso, a análise das figuras do *empregador aparente* - com expressa condenação às complacências da Justiça com *exploradores de negócios por terceiros, testas-de-ferro, homens-de-palha* - e das *sociedades de fato* revela uma preocupação constante com as zonas de opacidade da efetiva titularidade do poder de comando. Linhas de demarcação da imputação de responsabilidade em casos envolvendo heranças, edifícios, patrimônios despersonalizados, concordatas, falências e recuperações são dissecadas, em tom frequentemente admonitório aos julgadores contra decisões deferentes às simulações. O art. 9º da CLT surge como resposta às distorções.

É interessante que, ainda estudante, Vilhena tenha participado de atividades teatrais. Segundo registros, como o do *Diário da Tarde* de outubro de 1948, chegou a assumir papéis como o de Valentim, da peça *Uma noite sem sono*, de Enrique Poncela. E esse não é um dado fortuito. Sala de audiências e palco, escrita teórica e representação, jurista e Valentim, o teatro talvez ilumine, em outra chave, a dramaturgia das aparências, o jogo de luz entre realidade e mascaramento nas relações - uma preocupação, na chave jurídica, constante no livro.

Na dimensão funcional, a centralidade desloca-se do sujeito para a atividade ou empreendimento. A extensão que Vilhena confere ao conceito de empresa é deliberadamente ampla, abrangendo atividades com fins lucrativos e não lucrativos, entidades religiosas, esportivas, culturais e assistenciais. Nesse ponto, o texto é explicitamente crítico em relação ao que considera o “grande equívoco dos expositores e dos juízes” – a assimilação equivocada de “econômico” a “lucrativo”¹⁷.

Já o empregador fisionomizado decorre de supostos objetivos, calcados na realidade “vária, multiforme, muitas vezes fugidia, cambiante”¹⁸. Daí a análise girar em torno dos efeitos jurídicos derivados do *ato-fato-trabalho-por-conta-de-outrem*, e de uma perspectiva ampliada capaz de captar a organização do poder em suas formas objetivas. Nesse plano, o poder diretivo é concebido como “poder-função” exercido sobre a atividade e verificável independentemente da presença de ordens ou atos concretos de comando sobre a atividade do empregado. Resiste-se, assim, à visão - de todo presente na literatura nacional da época, desde os protecionistas de primeira geração - personalista e imediatista desse poder.

17 VILHENA, 1975, p. 93.

18 VILHENA, 1975, p. 86.

Em meio a um vasto temário sobre o empregador, três passagens se destacam. Quanto ao salário, sustenta-se posição contrária à jurisprudência dominante: sendo antes consequência do ato-fato trabalho, a onerosidade não é suposto, mas elemento decorrente da prestação¹⁹.

No consórcio de empresas, a incorporação de categorias da doutrina alemã permite enfrentar, com sofisticação inédita, o § 2º do artigo 2º da CLT, possibilitando a incidência da solidariedade a partir da convergência de fatores como poder diretivo compartilhado, identidade de fins e comunhão de interesses. A ênfase recai na dinâmica relacional, e não em formas jurídicas prévias, permitindo a análise de figuras em projeção, como franquias e arranjos empresariais complexos.

Em terceiro, a crítica ao regime do trabalho temporário, instituído pela Lei nº 6.019/1974, antecipa debates futuros. Vilhena vê nessa lei um desvio da tutela trabalhista, na medida em que juridiciza a cessão de mão de obra e, ao fazê-lo, trata o trabalho como mercadoria transacionável entre empresas – em contradição com o princípio proclamado no Tratado de Versalhes de que o trabalho não é uma mercadoria. A observação é presciente. A dinâmica que identifica na lei do trabalho temporário é estruturalmente análoga àquela que, nas décadas seguintes, se generalizaria sob o nome de terceirização, marcada pela transferência da gestão do trabalho a intermediários, frequentemente com efeitos precarizantes. O debate se tornaria um dos mais proeminentes do campo trabalhista brasileiro a partir dos anos 1990.

Articulando análise técnica e crítica político-jurídica, o Capítulo III recusará tanto o formalismo estéril quanto o pragmatismo desacompanhado de base teórica. Suas formulações se inscrevem no processo de *aggiornamento* do direito trabalhista nos anos setenta, acompanhando e ao mesmo tempo performando a maneira pela qual o empregado passa a ser apreendido como figura dependente de tutela jurídica.

Uma das contribuições mais duradouras do texto reside na distinção entre pressupostos e requisitos da relação de emprego, distinção que eleva a questão ao método e não apenas à nomenclatura. A enumeração dos pressupostos deixou marcas persistentes no direito brasileiro, conforme aponta considerável conjunto de produções nas últimas décadas²⁰.

O tratamento da eventualidade e da subordinação assume papel particularmente importante, não apenas para o capítulo, mas para toda a economia da obra. Sobre a eventualidade, Vilhena reconhece um conceito de contornos fluidos, cujo conteúdo não se deixa determinar apenas pela duração temporal da prestação. O próprio autor adverte que “por maior que seja a fuga ou o

19 VILHENA, 1975, p. 101.

20 PORTO, 2009; MACHADO, 2009; RODRIGUES, 2019; CARELLI; OLIVEIRA, 2021.

encobrimento da doutrina, o elemento tempo sempre ganhou a maior consideração na conceituação jurídica da eventualidade”, para em seguida demonstrar a insuficiência desse critério: nos contratos de atividade, o tempo é “fato ínsito e inseparável”, inviabilizando qualquer distinção fundada exclusivamente nele²¹.

Na sua formulação, “eventual ou não, o trabalho foi prestado, integrou o patrimônio do credor e correspondeu a um desgaste psicofísico de seu prestador” – e são esses, a seu ver, “os supostos fundamentais que dão nascimento à tutela jurídica do Direito do Trabalho”²². A participação do trabalho na atividade da empresa – sua permanência funcional, independentemente da intermitência ou descontinuidade factual da prestação – é dado não desprezado. Antes de enfatizar um específico critério, a investigação se torna mais proveitosa quando se adota o “método da conjugação dos diversos elementos que compõem o quadro de prestação de serviços”²³. Para o autor, ainda que maiores ou menores sejam os períodos de prestação e os intervalos que os separem, tudo isso é irrelevante: “A expectativa, que é suposto subjetivo da maior significação, mas que é perfeitamente avaliável como situação jurídica tácita e objetivamente configurada, constitui elemento de convencimento da existência de trabalho permanente e necessário na empresa”²⁴.

O argumento de que a expectativa de novas prestações, considerada a não-eventualidade em geral, configura situação juridicamente relevante, e que os “lapsos” de intercalação não necessariamente afastam a permanência da relação, conserva atualidade e tem merecido resgates²⁵. Nesse aspecto, o livro antecipa debates contemporâneos, por exemplo travados sobre o trabalho intermitente e plataformizado digital²⁶.

A análise do trabalho avulso contrapõe a tese então dominante de ausência de vínculo de emprego, sustentando que o avulso seria um “empregado defectivo”, titular de direitos compatíveis com a prestação a múltiplos tomadores em regime de rodízio - posição formulada em contraste com José Ajuricaba e Délio Maranhão. Quanto aos “chapas” – trabalhadores no transporte terrestre, desorganizados sindicalmente e historicamente ignorados pelo ordenamento –, Vilhena sustenta que a ausência de regulamentação específica não autorizaria a negativa de tutela, defendendo a incidência das normas gerais da CLT em razão da integração de sua atividade à empresa transportadora. A denúncia desse “desamparo” lança uma crítica ao caráter seletivo do direito do trabalho, expandi-

21 VILHENA, 1975, p. 181.

22 VILHENA, 1975, p. 186.

23 VILHENA, 1975, p. 188.

24 VILHENA, 1975, p. 187.

25 OLIVEIRA, 2011; DUARTE, 2023.

26 PIRES, 2019.

da a partir daí a outros segmentos, que protege os formalmente organizados e marginaliza os “desgarrados”²⁷.

Em relação à subordinação, *Relação de Emprego* apenas pode ser compreendido em seu quadro histórico de transformação das formas de organização e externalização do trabalho. A expansão do trabalho intelectual, mas não apenas, demandava reelaborações conceituais pelo direito. Dialogando com a literatura europeia da época, é precisamente a ideia de subordinação objetiva que permitirá ao autor abarcar formas que escapam ao modelo clássico fabril.

Situando os supostos no plano da historicidade dos conceitos jurídicos, Vilhena atribui ao pesquisador a tarefa de identificar revisões a partir de bases realistas. Assim, sustenta que a subordinação já não pode ser compreendida segundo os esquemas conceituais de décadas passadas, pois as transformações nas formas de organização do trabalho deslocaram seu próprio núcleo. Nessa linha, incorporando o dinamicismo de matriz sociologizante de Radomir Lukic, afirma o caráter dinâmico dos conceitos jurídicos, que, para não perderem contato com a realidade social que pretendem ordenar, exigem constante reelaboração – o que permite repensar a subordinação de modo correspondente às mutações das relações produtivas. A percepção de que o livro introduzia problemas e formulações novas aparece também em correspondências privadas. Tostes Malta, nesse sentido, observava que a obra “levantava teses novas e descobria novos aspectos nas velhas”²⁸, formulação particularmente interessante porque capta um movimento característico do texto de não rejeitar a força da tradição de uma dada cultura jurídica, mas reinscrevê-la a partir de novas chaves condizentes com propósitos de origem.

O autor recusa tanto a concepção personalista de matriz germânica – que reduz a subordinação a um vínculo de obediência entre pessoas – quanto o imediatismo de quem a reduza à sujeição a horário ou ordens diretas. Em diálogo com Mazzoni, Arda, Ghidini e, notadamente, com Jacobi, propõe uma rota expansiva para o suposto, compreendido objetivamente como “participação integrativa da atividade do trabalhador na atividade da empresa”²⁹. Essa formulação reorientaria o eixo analítico – da pessoa para a atividade –, permitindo-lhe capturar situações em que a dependência não se exterioriza em ordens explícitas, mas se revela na estrutura funcional da relação – como ocorre com trabalhadores a domicílio, técnicos, profissionais liberais empregados e, naturalmente, os próprios “chapas”. A referência a Santi Romano – para quem a subordinação não é ato contratual, mas decorrência da organização interna da empresa – ancora teoricamente a proposta em bases que extrapolam

27 VILHENA, 1975, p. 205.

28 MALTA, s.d.

29 VILHENA, 1975, p. 260.

a técnica trabalhista, situando o problema no campo mais amplo da teoria das instituições.

As construções teóricas relativas aos supostos irradiam efeitos diretos sobre o conteúdo final do livro, dedicado a figuras situadas à margem do direito. Ali se explicita o descompasso entre o ramo trabalhista e contingentes cujo enquadramento é deliberadamente negado ou mantido em indeterminação. São as categorias liminares – como estacionais e parceiros agrícolas – que o capítulo perscruta, visando à incorporação na esfera protetiva.

A expressão consagrada por Deveali, invocada como epígrafe conceitual para a discussão sobre tais zonas de indefinição, é a das *zonas grises* – as regiões cinzentas habitadas por categorias de prestadores que “com mobilidade espantosa transitam conceitualmente da área subordinada para a área autônoma, e vice-versa”³⁰. Abrangendo casos como profissionais liberais empregados, representantes comerciais, trabalhadores a domicílio, sócio-empregados e motoristas de táxi, o texto recusa tratá-los como anomalias ou impasses insolúveis à espera de solução legislativa. Ao contrário, afirma-se um compromisso com o caráter expansionista do direito do trabalho, com o propósito de fazer migrar as margens para o centro da proposta protecionista.

A análise acerca de categorias tradicionalmente situadas à margem da proteção trabalhista desempenha papel relevante. A ausência de proteção é tomada como produto de opções de “política jurídica”, contingentes e, por isso mesmo, passíveis de revisão. Essa leitura aparece com nitidez no tratamento conferido ao trabalho doméstico. Sua exclusão do campo pleno de incidência da legislação trabalhista não decorre de uma inadequação conceitual, mas de escolhas políticas. Raciocínio análogo orienta sua leitura do eventual. As distinções operadas pelo direito positivo – entre trabalho efetivo, temporário, avulso ou eventual – não traduzem essências distintas, mas escolhas normativas. Com isso, o texto abre espaço para questionar a legitimidade dessas escolhas e para pensar a ampliação da tutela a grupos tradicionalmente marginalizados, evidenciando que os limites da proteção trabalhista não são fixos, mas contingentes e transformáveis.

3. FRAGMENTOS DE CIRCULAÇÃO E RECEPÇÃO

“Constrói as bases de um pensamento original brasileiro, dissecando a fundo a relação de emprego, bem como os complexos problemas relacionados” - assim Floriano Corrêa Vaz resume *Relação de Emprego*, em resenha publicada na *Revista do Trabalho*, em 1976³¹. Ao sintetizar os três capítulos do livro, Corrêa Vaz evidencia temas que repercutiriam na fortuna crítica: a análise da

30 VILHENA, 1975, p. 238.

31 CORRÊA VAZ, 1976.

codificação trabalhista e das tensões internas da CLT; a releitura das dinâmicas empresariais e das figuras de responsabilização; e o tratamento sofisticado da subordinação, da eventualidade e do trabalho avulso, pontos de partida para uma abordagem incorporadora de segmentos situados às “margens” da proteção trabalhista. A resenha reconhece no livro não apenas um balanço da produção anterior, mas também a abertura de “novos caminhos”, percepção que ajuda a compreender a posição singular que a obra ocuparia na doutrina trabalhista brasileira.

Sob esse aspecto, *Relação de Emprego* exerceu uma influência conspícua. Muitos estudos, a partir de meados dos anos 1970, encontraram impulso decisivo no livro e no debate que se seguiu a ele. As produções intelectuais sobre o emprego estavam, então, encurraladas entre uma abordagem subjetivista dos contornos da relação e uma abordagem pré-determinada e abstrata, influenciadas por interpretação ontológica e compartimentalizada dos sujeitos. Em um tal contexto, Vilhena oferecia saídas criativas, especialmente para agentes abertos à renovação da incidência da esfera protetiva diante dos desafios decorrentes da reconfiguração das práticas organizacionais e produtivas.

Há muitos caminhos para se escrutinar a circulação e a recepção do livro. Apenas para se dimensionar a extensão, levantamento realizado cinquenta anos após a publicação, na base *Google Acadêmico*, acessada em 14 de maio de 2026, com o termo “Relação de emprego: estrutura legal e supostos”, apresentou 237 resultados de documentos diversos para o período 2001-2026. Na pesquisa de jurisprudência do TST, a busca pelo título da obra em acórdãos publicados entre 1999-2026 alcança 1.222 resultados. Parte significativa da influência da obra, no entanto, parece operar de maneira menos rastreável, por intermédio da incorporação direta ou indireta de categorias, operadores conceituais e fórmulas argumentativas ao vocabulário ordinário de magistrados. Em alguns casos, os próprios significantes, como “supostos fático-jurídicos”, alcançaram tamanha assimilação que se tornaram correntes, impregnados com a força de constitutivos do próprio estatuto de linguagem do campo trabalhista e, por isso, não se fazem acompanhar de referência explícita à fonte bibliográfica. A utilização do trecho “participação integrativa da atividade do trabalhador na atividade do credor do trabalho” em uma prova objetiva para ingresso na magistratura do TRT-15 (questão 35 da prova de Direito do Trabalho do XXVII Concurso), sem citação da fonte, ilustra essa impregnação. Em alguma medida, o livro parece desaparecer sob o seu próprio êxito, incorporadas que foram suas abordagens no léxico ordinário do campo trabalhista.

O dimensionamento desse acumulado ainda merece pesquisas, envolvendo perguntas que traduzam questões, tendências, temas de impacto, formas de releitura, apropriações, usos diretos e indiretos. Além disso, o livro conheceu três edições (1975, 1999 e 2005), e cada uma delas ainda demanda análise apro-

fundada, seja para estudos genéticos da obra, seja para avaliar em que medida as revisões indicam deslocamentos de ângulos e contextos, delas derivando usos e apropriações diversificados pelo público especializado. Na segunda edição, por exemplo, além de alterações de estilo e organização - como a conversão de trechos de notas em partes do corpo do texto -, a obra é reinscrita no contexto da Constituição de 1988 e das reformas trabalhistas dos anos noventa. No capítulo II, incluem-se as figuras da terceirização, da sucessão por privatização e do trabalho *part-time*, adventício e especial a prazo. No capítulo III, bóias-frias, teletrabalhadores, trabalhadores em empresas agroindustriais, intelectuais, esportivos e cooperados recebem análise. Em paralelo, incorporaram-se novas fontes jurisprudenciais e bibliográficas.

O recorte proposto nesta seção será, contudo, deliberadamente circunscrito, visando perscrutar apenas fragmentos de recepção. Não apresenta, portanto, resultados de uma pesquisa já realizada, mas notas exploratórias para possíveis investigações. Trata-se menos de reconstituir uma influência linear do que de seguir vestígios – usos, reinscrições e citações selecionados – que revelam modos de retomada situados, por vezes oblíquos, do repertório do livro.

Três conjuntos de fontes foram selecionados para sustentar essa repérage parcial. O primeiro é composto por notícias e resenhas publicadas nos anos subsequentes à primeira edição. Esses textos permitem identificar os aspectos do livro que a recepção imediata considerou mais relevantes, bem como os temas que suscitaram atenção da comunidade jurídica. Funcionam como indicadores relevantes das expectativas ocasionadas. O segundo conjunto é formado por cartas recebidas pelo autor no período 1975-1991. Elas revelam formas de recepção menos institucionalizadas, frequentemente marcadas por impressões diretas, elogios, críticas e diálogos intelectuais que não necessariamente se refletem no circuito formal das publicações acadêmicas. Nesse ponto, registra-se o agradecimento à professora Mônica Sette Lopes, cuja autorização de acesso ao acervo do professor Ribeiro de Vilhena tornou possível este trabalho. O material epistolar, já analisado pela professora em sua tese de titularidade (capítulo 6)³², oferece uma dimensão da recepção que as resenhas públicas tendem a ocultar, a privada, marcada pelos traços autorizados pela correspondência e frequentemente reveladora de questões que a liturgia acadêmica impede de formular em espaços de circulação pública. O terceiro conjunto é constituído por artigos disponíveis no *JusLaboris*, biblioteca digital mantida pelo TST, com recorte para o período 1975-2026. A amplitude temporal é deliberada. Interessa menos a recepção pontual do que a recepção estratificada, depositada em camadas ao longo do tempo e que permite observar como determinados conceitos – a subordinação objetiva, a *fattispecie* trabalhista, as zonas grises –

32 LOPES, 2023.

migram do livro para a literatura especializada, ora como atribuição explícita, ora dissolvidos no que passa a circular como o que Warat denominou “senso comum dos juristas”³³. A combinação dessas fontes permite triangular pistas complementares: a recepção pública e contemporânea das notícias e resenhas, a privada e imediata das cartas, e a diferida e acumulada dos artigos de periódico. Conversas informais, sem o estatuto de entrevistas, com as professoras Mônica Sette Lopes e Misabel Derzi, contribuíram para a compreensão dessas fontes.

No plano da circulação imediata, notícias e resenhas veiculadas em impressos de distintas regiões do país indicam difusão célere do livro, impulsionada pela reputação já consolidada de seu autor. Em jornais como *Literatura* (Fortaleza, 5 de julho de 1975, p. 43), *Diário do Comércio* (São Paulo, 22/23 de junho de 1975, p. 6), *Lux* (São Paulo, 25 de junho de 1975, p. 45) e *Jornal da Cidade* (Jundiaí, abril de 1976), bem como nas resenhas de Murilo Mota (Tribuna do Ceará, 19/07/75, p. 42), Abdias Lima (A Fortaleza, 21/06/1975, p. 46) e Fabio Mendes (s.f.), a obra é apresentada elogiosamente, com ênfase em dois aspectos: de um lado, a densidade da pesquisa – frequentemente qualificada como “exaustiva” – e, de outro, sua utilidade prática, voltada à solução de problemas concretos do direito do trabalho. Essa dupla marca aparece reiteradamente na recepção inicial.

As resenhas convergem também na descrição da arquitetura interna do livro, destacando sua divisão em duas partes fundamentais: uma dedicada ao exame do direito positivo do trabalho brasileiro, sob o prisma da vigência e da legitimidade; outra voltada ao enfrentamento do problema da relação de emprego. No texto de Abdias Lima, a escolha de método é sublinhada pela observação de que o autor examina a relação de emprego em planos distintos – o doutrinário e o casuístico –, tensionando categorias tradicionais a partir da análise concreta colhida de exemplos e decisões judiciais³⁴.

No gênero das notícias e das resenhas, o reconhecimento público do livro é acompanhado por referências recorrentes à trajetória do autor como advogado, magistrado e professor. A obra aparece, assim, vinculada a uma experiência jurídica acumulada.

As correspondências privadas permitem adentrar um nível mais denso e matizado de interlocução intelectual. As cartas revelam, em primeiro lugar, a celeridade com que a obra foi lida e discutida por juristas de diferentes posições.

Poucos meses após o lançamento, já em junho e julho de 1975, foram muitas as manifestações de leituras entusiásticas. Alguns destacaram a “profundidade” e a “juridicidade” do tratamento conferido ao tema (Arnaldo Sussekind e Evaristo de Moraes Filho); outros, a riqueza conceitual e a capacidade

33 WARAT, 1994, p. 13.

34 LIMA, 1975.

de “redimensionamento” de categorias tradicionais (José Milton dos Santos e Floriano Corrêa Vaz).

Aspecto digno de observação está na dimensão relacional que emerge das correspondências. As missivas não apenas dizem respeito a um livro; constituem registros de uma rede de sociabilidade e diálogos intelectuais que se estende por diferentes centros – sobretudo Belo Horizonte, São Paulo, Salvador e Rio de Janeiro – e ultrapassa fronteiras nacionais, alcançando a América Latina e a Europa. A menção ao transporte da obra para Madrid por Carrion (em outubro de 1975)³⁵, por exemplo, ou o interesse manifestado por juristas estrangeiros, como Plá Rodriguez (também em carta de outubro de 1975)³⁶, indicam que a circulação de *Relação de Emprego* não se restringiu ao espaço brasileiro.

Chama ainda atenção o modo como o livro é percebido a partir de referências explícitas ao seu uso na fundamentação de decisões, reforçando sua inserção efetiva nos meandros da atividade jurisdicional. A mais direta delas, de 8 de julho de 1975, de autoria de Vantuil Abdala, então presidente da 10ª JCY de São Paulo, aponta que a obra já vinha sendo utilizada em fundamentações decisórias, sinalizando sua rápida incorporação à prática forense do magistrado³⁷.

A obra circula, assim, não só como objeto de apreciação nos círculos acadêmicos, mas como ferramenta operativa nos tribunais. Esse traço da recepção associa-se ao modo intencional de o autor dirigir-se ao público, não raras vezes pronunciando diretivas aos operadores do Direito e advertindo contra a “lei do menor esforço dos juízes” e o “mero acomodamento às primeiras impressões”³⁸. O traço exortativo confere ao texto uma dimensão prescritiva que se aproxima, por vezes, do ensaio normativo sobre a prática judiciária. Uma pesquisa sobre a recepção do livro em decisões judiciais da época ainda está por ser feita.

Acerca da recepção na literatura, o recorte aqui proposto fornece pistas interessantes. Desde logo, chama atenção o fato de o livro constituir um repertório de chaves mobilizáveis em controvérsias temáticas diversas.

Quando a discussão incide sobre a qualificação jurídica de formas contratuais limítrofes – como a parceria rural –, leituras como a de Câmara Rufino³⁹ incorporam o chamado ao desnudamento das “capas de aparência civilista” para alcançar o núcleo econômico da relação. A leitura de Vilhena sobre a parceria rural é reinscrita pelo magistrado catarinense em uma controvérsia sobre a competência jurisdicional. O livro opera como subsídio para uma inflexão interpretativa – a ampliação da competência da Justiça do Trabalho – que

35 CARRION, 1975.

36 PLÁ RODRIGUEZ, 1975.

37 ABDALA, 1975.

38 VILHENA, 1975, p. 73.

39 RUFINO, 1980.

depende menos da literalidade normativa do que de uma reconstrução material da relação jurídica.

A distinção entre empresa e estabelecimento, evocada no trabalho de Roberto Pacheco Rocha⁴⁰, abre espaço para que a figura do empregador se projete como ente coletivo. A reflexão vilheniana se deixa capturar como instrumento de estabilização conceitual e de desestabilização das categorias tradicionais, na medida em que torna porosas as fronteiras entre pessoa jurídica, organização produtiva e centro de imputação de responsabilidades. Mais adiante, o vocabulário de *Relação* servirá de apoio ao autor para fixar categorias operatórias em uma discussão sobre grupo econômico horizontal⁴¹. Não há, nesse caso, apropriação de teses mais densas, mas de definições que permitem avançar em sua própria problemática - o empregador único em casos de grupo econômico. A obra de 1975 funciona, assim, como fonte de precisão conceitual para a ontologia de figuras jurídicas decisivas – empresa, empregador, estabelecimento.

Em discussão semelhante nos anos 1980, João Antônio G. Pereira Leite incorpora a defesa de uma interpretação extensiva do § 2º do art. 2º da CLT, capaz de apreender o grupo econômico para além de hierarquizações formais. A imagem de *Relação* acerca de uma interdependência móvel, que escapa às hierarquizações rígidas, oferece léxico apto a sustentar leituras como a do autor do artigo⁴².

A reinscrição taxonômica operada por *Relação* também se deixa perceber na elaboração de um repertório dos estatutos normativos. O livro de Vilhena fornece elementos para um debate tipológico construído por Magano para problematizar a continuidade no trabalho doméstico⁴³. Também no plano das tipologias, em Annibal Fernandes a obra comparece especialmente para a definição de trabalho autônomo, seguida da distinção entre eventuais e avulsos. Fernandes capta os “elementos do núcleo do tipo”, que, extraídos e reorganizados, funcionam como instrumental para critérios classificatórios que repercutirão em questões de direito previdenciário⁴⁴.

A já mencionada presença do livro em contexto transnacional é ilustrada pela referência de Américo Plá Rodríguez⁴⁵. O jurista uruguaio recorre à monografia para inserir Vilhena em um horizonte latino-americano de reflexão sobre a crise do direito do trabalho. A breve referência, em nota, é significativa, na medida em que indica uma recepção que desloca o autor de seu ambiente imediato, posicionando-o em uma cartografia mais ampla de debates, no caso, sobre um

40 ROCHA, 1981.

41 ROCHA, 1981.

42 LEITE, 1980.

43 MAGANO, 1981.

44 FERNANDES, 1978.

45 PLÁ RODRIGUEZ, 1980.

problema regional – a equiparação entre trabalhadores públicos e privados, mencionada em *Relação* e desenvolvida em *Contrato de trabalho com o Estado*.

Ex-aluno e interlocutor de Vilhena, Vantuil Abdala, que expusera em carta o impacto da obra em seus julgamentos perante a 10ª JCJ de SP, mobiliza a obra de modo particularmente expressivo. Em um dos textos de Abdala, sobre responsabilidade na construção civil, a tese acerca da natureza econômica da atividade do dono da obra é decisiva para o esforço de fundamentação da imputação de responsabilidades trabalhistas. O argumento vilheniano – de que a construção não se reduz a economia de consumo – permite reconduzir o particular ao regime geral da empresa, ativando o princípio do risco⁴⁶. Em outro texto, relativo à isonomia salarial em grupos econômicos, a concepção de solidariedade que ultrapassa a mera exigibilidade obrigacional e incide sobre a própria natureza das pessoas jurídicas é diretamente apropriada para sustentar a possibilidade de equiparação salarial⁴⁷.

Em textos mais próximos da edição de 1999, como o de Maurício Godinho Delgado, a obra é convocada para sustentar a incidência da sucessão trabalhista em hipóteses de concessão de serviço público e privatização. A referência é significativa não apenas pelo tema, mas pelo modo de resgate no contexto das transformações econômicas e institucionais dos anos 1990, especialmente privatizações e a reorganização dos serviços públicos sob lógica concessionária. Ao citar a passagem segundo a qual “não importa à descaracterização da sucessão se dê a transferência da empresa ou estabelecimento do setor público para o setor privado ou vice-versa”, Delgado recupera precisamente a interpretação que Vilhena faz dos artigos 10 e 448 da CLT, “encontrando neles um tipo-legal mais amplo do que o originalmente concebido pela doutrina e jurisprudência dominantes”⁴⁸. A referência feita por Delgado é sintomática de como o temário neoliberal, sobretudo pelos veios de assimilação na política trabalhista do país, passa a se conectar aos trabalhos que recorrem à obra.

Nos anos 2000, em textos que tematizam explicitamente a mutação dos padrões produtivos, Vilhena é mobilizado como autor de uma ruptura anunciada décadas atrás. A formulação – “participação integrativa da atividade do trabalhador na atividade do credor de trabalho” – reaparece no contexto neoliberal de “fuga do direito do trabalho”⁴⁹, deflagrado nos anos 1990, apta a sustentar a necessidade de revisão dos contornos tradicionais dos supostos do emprego⁵⁰. Não é irrelevante que, a partir desse momento, as citações do trecho

46 ABDALA, 1977.

47 ABDALA, 1978.

48 DELGADO, 1999.

49 URIARTE, 2006.

50 BARACAT, 2003; BARROS, 2004; SOUTO MAIOR, 2013; SEVERO, 2011; DELGADO; RODRIGUES, 2025.

venham costumeiramente acompanhadas de uma advertência: os conceitos jurídicos, se não querem perder contato com a realidade, devem acompanhar suas metamorfoses. E elas não simples: terceirizações em cadeia, expansão do trabalho cooperado e das falsas cooperativas, pejotização, subcontratações, flexibilizações contratuais, intensificação da informalidade e disseminação de formas juridicamente híbridas de prestação.

A presença da obra no debate sobre a subordinação jurídica se adensa ao longo dos anos 2000, à medida que arranjos de reestruturação produtiva – teletrabalho, descentralização, intensificação tecnológica – passam a tensionar com maior intensidade os esquemas clássicos do direito. Nesse contexto, Alexandre Agra Belmonte toma o livro como referência para perscrutar o direito trabalhista diante de dispositivos técnicos que viabilizam o trabalho à distância. A citação indica que Vilhena já havia intuído a dissolução do espaço físico tradicional da prestação laboral sem que disso decorresse, necessariamente, a fuga do direito do trabalho⁵¹.

Em paralelo, trabalhos doutrinários passam a operar uma espécie de sedimentação das categorias do livro, sobretudo no que se refere à subordinação objetiva. É com essa designação, captada preliminarmente por trabalhos desde os anos 1970 - caso do *Manual das justas causas*, de Lamarca⁵² -, que uma plêiade de estudos toma forma no século XXI. Em geral, associam a obsolescência da subordinação lida em chaves subjetivantes às discussões sobre reestruturação produtiva, pós-fordismo, acumulação flexível, temas intensificados na realidade brasileira sobretudo a partir dos anos 1990. Em textos de feição sistematizada, como o de Gabriela Delgado e Maurício Godinho Delgado, essa dimensão é explicitamente incorporada como uma das matrizes contemporâneas do conceito de subordinação, ao lado da clássica e da que denominam “estrutural”⁵³. A ideia de integração da atividade à empresa é retomada como eixo explicativo, indicando que a contribuição de Vilhena foi, nesse ponto, absorvida como categoria estabilizada. É digna de nota, a propósito, a tese de Lorena Vasconcelos Porto, que identifica uma participação incontornável do livro no debate nacional sobre a subordinação jurídica⁵⁴.

Esse movimento de estabilização, contudo, não elimina a capacidade adaptativa do conceito, que volta a ser dimensionado quando a análise se volta para experiências comparadas ou para novas configurações empíricas. Em estudo de jurisprudência Brasil–Uruguai, por exemplo, a noção de “participação integrada” é apresentada como um dos elementos que explicam o maior desenvolvimento da jurisprudência brasileira em relação à uruguaia, sugerindo

51 BELMONTE, 2008.

52 LAMARCA, 1977, p. 85.

53 DELGADO; DELGADO, 2015.

54 PORTO, 2009.

que a capacidade operativa do rigor doutrinário – no qual Vilhena ocupa lugar relevante – produziu consequências mais efetivas na prática decisória⁵⁵.

A projeção alcançou também a jurisprudência constitucional contemporânea. O voto divergente de Rosa Weber no julgamento da ADI 5.625, em 28 de outubro de 2021, retoma expressamente a subordinação objetiva, como “a participação integrativa da atividade do trabalhador na atividade do credor do trabalho”, apresentando-a como etapa evolutiva da compreensão acerca da subordinação jurídica. No caso, discutia-se a constitucionalidade de dispositivos da Lei federal n. 13.352/2016, que validou contratos de parceria celebrados entre trabalhador do ramo da beleza, denominado “profissional-parceiro”, e o respectivo estabelecimento, chamado “salão-parceiro”, medida inserida no conjunto de reformas trabalhistas regressivas do século XXI, para prever que o “profissional-parceiro não terá relação de emprego ou de sociedade com o salão-parceiro”⁵⁶.

No contexto mais recente das plataformas digitais, a recepção parece reencontrar, sob nova pressão, a vitalidade heurística da obra de 1975. No texto de Ana Claudia Moreira Cardoso, Karen Artur e Murilo Oliveira, a definição de trabalho autônomo formulada por Vilhena é reativada para demarcar o campo semântico da autonomia, ao passo que sua concepção de subordinação é agenciada para refutar argumentos defensivos de empresas-plataformas⁵⁷. Há, nesse ponto, retorno à recusa em reduzir a subordinação a sinais subjetivistas e aposta em sua apreensão como fenômeno objetivo, muitas vezes expresso à revelia do que os signos imediatos evidenciam.

Esse retorno não significa repetição. Categorias elaboradas no passado são deslocadas para um ambiente marcado pela intermediação algorítmica e pela fragmentação intensa do trabalho. A problemática dos atos de comando, pronunciada por Vilhena, adquire aqui nova materialidade, mediada por códigos e interfaces digitais. Ao recorrer ao autor, trabalhos diversos parecem reconhecer nessa antecipação conceitual um instrumento capaz de atravessar as aparências renovadas da autonomia⁵⁸.

Por fim, o retorno feito por Luiz de Pinho Pedreira da Silva acerca do “empregador aparente” revela recepção mediada por outras construções doutrinárias e jurisprudenciais. Em diálogo com Alice Monteiro de Barros e Paulo Emilio Ribeiro de Vilhena, o jurista baiano renova a preocupação com a fraude e a necessidade de elisão das aparências nas relações jurídicas⁵⁹. Ressoa, aqui, como continuidade de uma orientação metodológica de 1975, a de que o direito

55 ROSSI ALBERT, CORUJO MILÁN, 2013.

56 BRASIL, 2021.

57 CARDOSO, ARTUR, OLIVEIRA, 2021.

58 SOUZA, 2024 e LIMA; SÁ, 2025.

59 SILVA, 2010.

do trabalho exige uma vigilância constante contra as simulações que obscurecem a realidade das relações de poder. À época da escrita de Silva, questões como pejotização, empresas-rede, terceirização e quarteirização já demandavam retorno à problemática sobre quem efetivamente organiza, dirige e se beneficia do trabalho alheio.

Tomados em conjunto, esses fragmentos sugerem uma trajetória que não é linear, mas que apresenta nuances discerníveis. Num primeiro momento, mais próximo ao lançamento da obra, prevalece uma apropriação estrutural, que incorpora suas premissas para organizar problemas clássicos do direito do trabalho (empresa e estabelecimento, consórcio de empresas, não-eventualidade etc.). Em paralelo, há um deslocamento para a dimensão conceitual da subordinação, entendida como categoria dinâmica e em transformação. Posteriormente, observa-se uma dupla operação: de um lado, a estabilização de certas formulações como categorias incontornáveis; de outro, sua reativação em contextos empíricos inéditos, que voltam a exigir a elasticidade interpretativa originalmente proposta.

Nesse percurso, *Relação de Emprego* não se afirma como obra de referência homogênea, constantemente citada em bloco, mas como um texto que se infiltra em pontos nevrálgicos do discurso jurídico, oferecendo fórmulas capazes de sustentar chaves conclusivas relevantes. Sua recepção, tal como aqui fragmentariamente observada, se faz por reaparições, por usos situados, por reinterpretações que, ao mesmo tempo em que fixam certos enunciados, os expõem novamente à prova das transformações do trabalho.

NOTAS FINAIS

Não parece casual que a obra tenha encontrado atualidade justamente em momentos de intensificação das disputas acerca dos limites subjetivos do direito do trabalho. A “crise de abarcamento” de que fala Mario Eduardo Ackerman⁶⁰ – isto é, a dificuldade permanente do ramo em definir os contornos de inclusão e exclusão da tutela trabalhista diante das metamorfoses do capitalismo – atravessa todo o livro de 1975.

A sucessão de figuras híbridas, zonas cinzentas, categorias liminares e formas organizacionais cambiantes examinadas por Vilhena pretende colocar a compreensão dos supostos na ordem de seu tempo. É nesse sentido que a advertência formulada pelo autor conserva força particular: “A imagem social, a refletir-se na lei, deverá reintegrá-la no corpo principiológico que compõe esse ramo do Direito, cuja tutela reside não só no desenvolvimento de direitos e prestações conferidos ao trabalho como atividade humana, como também na pró-

60 ACKERMAN, 2005.

pria definição das categorias de pessoas que nele devam estar compreendidas.”⁶¹ Há aí uma diretriz que subsiste no tempo. Processos históricos de expulsão, reclassificação e invisibilização jurídica do trabalho merecem artefatos reativos por parte do direito.

No transcorrer das décadas seguintes à publicação *princeps*, e em meio às transformações que reconfiguraram o mundo do trabalho, *Relação de Emprego* projeta problemas e chaves que ainda hoje se fazem presentes nas discussões sobre o *aggiornamento* de um campo. Terceirizações em cadeia, trabalho cooperado, pejetização, flexibilizações contratuais, teletrabalho, plataformas digitais e gestão algorítmica do trabalho recolocaram continuamente em circulação categorias e desafios que o livro havia projetado para outros contextos históricos. Em certo sentido, a recepção posterior do livro evidencia como determinadas construções intelectuais conseguem sobreviver precisamente porque permanecem abertas à reelaboração diante de “fatos novos” - um problema anunciado na tese de 1960.

São muitos os caminhos possíveis para reconstruir a trajetória editorial, a circulação e os modos de apropriação de *Relação de Emprego*. As três edições da obra, as variações entre elas, as redes intelectuais que as sustentaram, a incorporação difusa de seu vocabulário pela jurisprudência e pela doutrina, bem como a sedimentação de algumas de suas categorias no próprio “senso comum dos juristas”, constituem apenas parte de um conjunto de problemas ainda aberto à investigação.

Se se mostra importante examinar a recepção do livro à luz das transformações do direito do trabalho brasileiro nas últimas cinco décadas, vale igualmente considerar haver, nele, uma tentativa constante de recolocar a relação de emprego no interior de uma teoria do trabalho juridicamente protegido, recusando tanto a naturalização das categorias quanto a submissão imediata às formas contingentes de organização econômica. Talvez esteja sobretudo aí a força com que um clássico contemporâneo retorne em momentos distintos, sob problemas distintos e para públicos distintos. Não porque ofereça respostas definitivas, mas porque recoloca continuamente a agenda-tarefa de disputa pelos “espaços possíveis” de expansão da proteção jurídica, ainda que as forças das circunstâncias constriam em sentido diverso.

REFERÊNCIAS

ABDALA, Vantuil. [Correspondência]. Destinatário: Paulo Emilio Ribeiro de Vilhena. São Paulo, 8 jul. 1975. 1 cartão pessoal. Acervo pessoal do destinatário.

61 VILHENA, 1975, p. 185.

ABDALA, Vantuil. Isonomia salarial: quadro de carreira: grupo econômico: sucessão. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 3, n. 16, p. 52-59, nov./dez. 1978.

ABDALA, Vantuil. Responsabilidade trabalhista de empreiteiro, subempreiteiro e dono da obra. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 85-88, jan./fev. 1977.

ACKERMAN, Mario Eduardo. *Tratado de derecho del trabajo: teoría general del derecho del trabajo*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005.

BARACAT, Eduardo Milléo. *A boa-fé no direito individual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

BARROS, Alice Monteiro de. Trabalhadores intelectuais. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 39, n. 69, p. 147-165, jan./jun. 2004.

BELMONTE, Alexandre Agra. Problemas jurídicos do teletrabalho no Brasil. *Anuario de la Facultad de Derecho*, v. 26, p. 295-311, 2008.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução: Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.625/DF. Requerente: CONTRATUH. Voto vencido: Min. Rosa Weber, 28 de outubro de 2021. Disponível em: <https://share.google/IM2QdLGN9Fhkji7wc>. Acesso em 02 jun. 2026.

CALVINO, Italo. *Por que ler os clássicos*. Tradução: Nilson Moulin. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

CARDOSO, Ana Claudia Moreira; ARTUR, Karen; OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. O trabalho nas plataformas digitais: narrativas contrapostas de autonomia, subordinação, liberdade e dependência. *Revista Eletrônica do TRT da 5ª Região*, Salvador, v. 9, n. 13, p. 138-176, maio 2021.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda; OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. *As plataformas digitais e o direito do trabalho: como entender a tecnologia e proteger as relações de trabalho no século XXI*. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

CARRION, Valentim. [Correspondência]. Destinatário: Paulo Emilio Ribeiro de Vilhena. Franca, 10 jul. 1975. 1 cartão pessoal. Acervo pessoal do destinatário.

CORRÊA, Larissa Rosa. O corporativismo dos trabalhadores: leis e direitos na Justiça do Trabalho entre os regimes democrático e ditatorial militar no Brasil (1953-1978). *Estudos Ibero-Americanos*, Porto Alegre, v. 42, n. 2, p. 500-526, 2016.

CORRÊA VAZ, Floriano. Paulo Emilio Ribeiro de Vilhena: Relação de Emprego. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 1, p. 140-142, 1976.

DELGADO, Mauricio Godinho. Sucessão trabalhista: a renovação interpretativa da velha lei em vista de fatos novos. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 29, n. 59, p. 85-98, jan./jun. 1999.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A parassubordinação no Direito do Trabalho: conceito, objetivos e efeitos jurídicos. *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*, v. 1, p. 138-157, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho; RODRIGUES, Bruno Alves. Trabalho prestado por pessoa humana mediante o envoltório formal da pessoa jurídica. *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*, Brasília, v. 11, n. 1, p. 14-32, 2025.

DUARTE, Bárbara Almeida. Carregando nas costas: a constituição racial do direito do trabalho brasileiro e a movimentação de corpos negros. 2023. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2023.

FERNANDES, Anníbal. Eventual: sua conceituação na previdência social brasileira. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 3, n. 15, p. 69-83, set./out. 1978.

LAMARCA, Antonio. Manual das justas causas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

LIMA, Abdias. Relação de emprego: estrutura legal e supostos. A Fortaleza, Fortaleza, 21 jun. 1975, p. 46.

LEITE, João Antonio G. Pereira. Grupo econômico: solidariedade e contrato de trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 5, n. 23, p. 37-54, jan./fev. 1980.

LIMA, Francisco Pércles de; SÁ, Emerson Victor Hugo de; SILVA, Caio Henrique Faustino da. O trabalho mediado por plataforma online de transporte de passageiros: possibilidades de tratamento jurídico. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 91, n. 1, p. 129-148, 2025.

LOPES, Mônica Sette. A Justiça do Trabalho em Minas nos anos 40 a 60: um personagem e seu ofício. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 56, n. 86, p. 53-76, jul./dez. 2012.

LOPES, Mônica Sette. Direito e comunicação: uma perspectiva caleidoscópica. São Paulo: Dialética, 2023.

MACHADO, Sidnei. A noção de subordinação jurídica: uma perspectiva construtiva. São Paulo: LTr, 2009.

MAGANO, Octavio Bueno. Empregado doméstico. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 6, n. 29, p. 55-70, jan./fev. 1981.

MALTA, Aldilio Tostes. [Correspondência]. Destinatário: Paulo Emilio Ribeiro de Vilhena. Brasília, [S. l.]. 1 carta. Acervo pessoal do destinatário.

MOTTA, Rodrigo Patto Sá. As universidades e o regime militar: cultura política brasileira e modernização autoritária. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio de. A (re)significação do critério da dependência econômica: uma compreensão interdisciplinar do assalariamento em crítica à dogmática trabalhista. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

PIRES, Elisa Guimarães Brandão. Aplicativos de transporte e o controle por algoritmos: repensando o pressuposto da subordinação jurídica. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2019.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. [Correspondência]. Destinatário: Paulo Emilio Ribeiro de Vilhena. Montevideu, 1 out. 1975. 1 carta. Acervo pessoal do destinatário.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. El derecho del trabajo en América Latina: sus crisis y sus perspectivas. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 5, n. 24/25, p. 9-24, mar./jun. 1980.

PORTO, Lorena Vasconcelos. A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária. São Paulo: LTr, 2009.

ROCHA, Roberto Pacheco. O trabalhador que exerce atividade simultaneamente em duas ou mais empresas do mesmo grupo tem um ou mais contratos de trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 6, n. 32, p. 53-70, jul./ago. 1981.

RODRIGUES, Bruno Alves. O ethos do trabalho na crise da modernidade: a convulsão social decorrente da ruptura do trabalho com sua dimensão axiológica e constitutiva de um Estado Democrático de Direito. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2019.

ROSSI ALBERT, Rosina; CORUJO MILÁN, María del Carmen. Subordinação: estudo comparado de jurisprudência: Uruguai-Brasil. *Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região*, Porto Alegre, v. 4, n. 7, p. 38-64, 2013.

RUFINO, José Fernandes da Câmara. A natureza do contrato de parceria e a competência para dirimir conflitos dele derivados. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 5, n. 24/25, p. 127-133, mar./jun. 1980.

SEVERO, Valdete Souto. O dever de motivar a despedida. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. Aplicações da teoria da aparência jurídica no direito do trabalho. Revista LTr: Legislação do Trabalho, São Paulo, v. 74, n. 8, p. 903-905, ago. 2010.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Apresentação. In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; GNATA, Noa Piatã Bassfeld (orgs.). Trabalhos marginais. São Paulo: LTr, 2013. p. 7-21.

SOUZA, Ilan Fonseca. Dirigindo Uber: a subordinação jurídica na atividade de um motorista de aplicativo. Curitiba: Juruá, 2024.

URIARTE, Oscar Ermida. A flexibilização do direito do trabalho na experiência latino-americana. Revista da Escola da Magistratura do TRT da 2ª Região, São Paulo, n. 1, p. 114-139, set. 2006.

VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de. Justiça distributiva e técnica jurídica. 1960. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 1960.

VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de. Relação de emprego: estrutura legal e supostos. São Paulo: Saraiva, 1975.

WARAT, Luis Alberto. Introdução geral ao direito I: interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

O CENTENÁRIO DE PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA: VISITANDO O MUSEU DE TUDO

THE CENTENARY OF PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA: VISITING THE MUSEUM OF EVERYTHING

MÔNICA SETTE LOPES¹

RESUMO

O Museu da Inocência e A mala de meu pai, de Orhan Pamuk, e Quase memória, de Carlos Heitor Cony, funcionaram como mote para percorrer a vida do Professor Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, na celebração do centenário de seu nascimento. Os vestígios deixados por ele e guardados num repositório de memorabilia ajudam a entender a forma como compreendia a teoria do direito e a teoria do direito individual, coletivo e processual do trabalho, sempre a partir da composição das relações jurídicas na interação entre direito público e direito privado.

PALAVRAS-CHAVE: Direito e literatura. Memória. Teoria do direito. Centenário do Professor Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena.

ABSTRACT

The Museum of Innocence and My Father's Suitcase, by Orhan Pamuk, and Almost Memory, by Carlos Heitor Cony, served as a motif to explore the life of Professor Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, in celebration of the centenary of his birth. The traces left by him and kept in a repository of memorabilia help to understand the way he comprehended the theory of law and the theory of individual, collective, and procedural labor law, always based on the composition of legal relationships in the interaction between public law and private law.

KEYWORDS: Law and literature. Memory. Theory of law. Centenary of Professor Paulo Emilio Ribeiro de Vilhena.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO: A IDEIA DO MUSEU DE TUDO. 1. UM HOMEM COMO POESIA. 2. UM HOMEM COMO PROSA. CONSIDERAÇÕES FINAIS: QUASE MEMÓRIA. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Para este a vida não foi feita
para ser guardada num cofre.
Guardada dentro dele, a vida
é presença que em tudo explode.

É como um nó: se indesejável
e indigerível, um nó caroço.
Essa vida, na sua vida,
é um nó caroço, duro de osso.

De osso: mas caroço e explosivo,
com toda a explosão da semente,

1 Professora Titular e Vice-Diretora da Faculdade de Direito da UFMG. Desembargadora (aposentada) do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

levando sua planta futura
viva e mais, latejadamente.²

INTRODUÇÃO: A IDEIA DO MUSEU DE TUDO

Foi difícil começar a escrever esse texto para celebrar o centenário de nascimento do Professor Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena (06/05/1926-27/01/2018)³. Sou abertamente suspeita para falar dele, considerando a nossa convivência: uma união estável de mais de 20 anos.

Exatamente por isso, a escrita só ganhou corpo ao final da leitura de um livro. Não literalmente pela trama. O que interessou em *O museu da inocência*, de Orhan Pamuk⁴, foi a carpintaria da narrativa. O moto da escrita da história. Um homem apaixonado vai, obsessivamente, recolhendo objetos, os mais variados, que lembram sua convivência com a mulher amada (tocos de cigarro, presilhas de cabelo, enfeites de sua casa, toda sorte de vestígios) e com eles cria um museu. Museus deveriam conter e expor a vida das pessoas no cotidiano. Essa é uma das teias da trama.

No dizer de Pamuk,

[...] pode-se colecionar tudo e qualquer coisa, com inteligência e critério, a partir de uma necessidade positiva de reunir todos os objetos que nos ligam às pessoas que mais amamos, cada aspecto de sua existência, e mesmo na falta de uma casa, de um museu adequado, a poesia de nossa coleção será abrigo suficiente para seus objetos.⁵

O título dado ao texto veio na consequência. Pelo método bola de neve. Uma coisa levando à outra. O nome de um livro de poemas de João Cabral de Melo Neto. *O museu de tudo*. Para ressaltar o “depósito do que aí está”, do que “se fez sem risca ou risco”⁶ como essência de vida. Porque, para certas existências, se se “descuida [...] a menor fresta,/a vida explode, extravasada,/como a explosão de uma romã,/que em espanhol se diz granada”⁷. Segundo o poeta, no livro *Museu de tudo* está “a produção que não se encaixava em outros livros, sempre muito estruturados”⁸. Ele queixa-se dos que viram desorganização no que era profusão. Amigos, cidades, lugares, viagens, escritores, poetas, artistas, cartas imaginárias, os poemas versam recantos de seu cotidiano e da observação de suas circunstâncias.

2 MELO NETO. João Cabral de. Duplo díptico. In: 2020, p. 549.

3 Não foi a primeira vez em que ele e a memorabilia, que reuniu vida afora, foram usados como base de pesquisa. Cf. VILHENA, LOPES, 2017; LOPES, 2014; VILHENA, LOPES. 2012, LOPES, 2023.

4 PAMUK, op. cit.

5 PAMUK, 2011, p. 742.

6 MELO NETO. João Cabral de. O museu da inocência. In: 2020, p. 504

7 MELO NETO. João Cabral de. Duplo díptico. In: 2020, p. 549.

8 STEEN, 2008, v. 2, p. 20.

Esse talvez seja também o mote deste ensaio de depoimento personalíssimo sobre a vida de alguém: alguns recantos do cotidiano reencontrados.

Os traços do homem, cujo centenário de nascimento se pretende registrar, deixaram suas frestas prontas ao extravasamento, num conjunto de grandes e pequenas coisas. Sementes, frutos, explosão dos detalhes que juntou e que estão organizados em estantes, gavetas, caixas, malas, prateleiras, no interior de armários. A produção em teoria do direito, em direito do trabalho (individual e coletivo), em processo do trabalho foi amalhada com minúcias que cobriam sua rotina. O guardado do fluxo dos dias e das relações de toda ordem.



Figura 1: Arquivo pessoal: Grampeador e caneta usados por décadas, propaganda para vereador na eleição municipal de 1950.

Continuamos a catá-lo nesses rastros. Nos sinais que deixou nos livros em índices irrecuperáveis de palavras-chave. Na letra ilegível que só ele entendia. Nos bonés e chapéus. Nas cartas. Em cada pedaço de papel de rascunho que antecipou os textos que escreveu ou que continua lá, na caixa alaranjada, no potencial do que ele não chegou a compor. Nas fotos 3 x 4 acolhidas num repositório de amigos e de amigas desde os anos 1940. Na caneta desgastada de que ia trocando a carga de esferográfica azul e que era a única para escrever e para assinar. Na foto de candidato a vereador no início dos anos 1950. No fichário em que ia anotando as ideias na medida em que pesquisava.

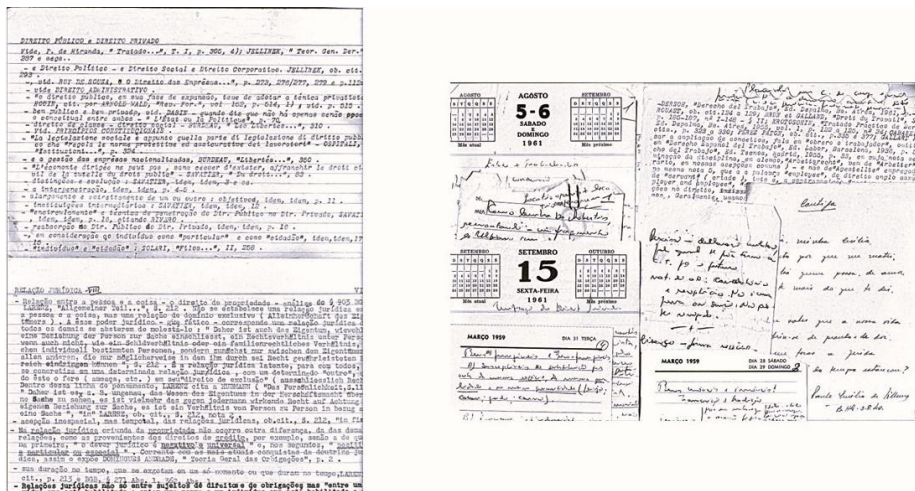


Figura 2: Arquivo pessoal: Anotações manuscritas sobre vários temas; fichas de pesquisa

E gostaria de dizer como ele diria, de fazer como ele faria, de revelar o misto de espanto e de regozijo com que ele receberia a homenagem, se estivesse ainda entre nós ou exatamente por sabê-lo permanentemente em nós. Intacto. Presente. Uma referência no modo de ser que agora impregna. Em espírito.

Imagino as gargalhadas que daria, como olharia com os olhos sorrindo e perguntando se tudo isso é mesmo verdade. Se são mesmo cem anos de vida. E teria que dizer sim. Sim, sim, sim. De novo. É isso mesmo. Várias vezes. Para que ele pudesse acreditar na imensidão do tempo que se faz lembrança.

A visita ao *muséu de tudo* será, porém, breve, atabalhoada e se dividirá em dois segmentos, conexos, de vestígios percebidos no seu movimento: a poesia (no percurso dos espaços e dos tempos da experiência que abrange a amizade) e a prosa (no percurso interacional das relações com ênfase no território dinâmico do direito e da teoria do direito). Haverá ainda, um *quase*-epílogo, saindo de longe nas reminiscências, mas aberto para o futuro que ainda será.

1. UM HOMEM COMO POESIA

Carrego na minha agenda, desde que ele se foi, um cartão do Ministro Aldílio Tostes Malta, do Tribunal Superior do Trabalho, que substituiu e de que se tornou amigo, como se percebe da afetividade das várias mensagens e bilhetes. No cartão, no fundo da agenda de papel, dentro de um envelope que passa de ano a ano, os versos:

Há de aplicar, de certo, o bom direito
 E distribuir justiça alta e serena
 Quem usa um decassílabo perfeito
 - Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena.⁹

Pode não ser um grande poema, mas é um registro de seu nome, de sua presença como juiz, como companheiro de jornada. Ser decassílabo perfeito, na composição do amigo, pode ser o arranjo mais preciso para ele se transfigurar definitivamente em poesia, naquela que permeia os caminhos de sua vida pessoal e profissional.

Paulo Emílio tinha uma consciência muito apurada do poder das palavras, da importância de pensar cada uma delas para a fala e para a escrita. Insistia em que a leitura intensa dos tempos da juventude não fora feita pelo enredo das obras, mas para entender a forma como os escritores torneavam o texto. Para isso, afundara-se nos autores portugueses do final do século XIX e princípio do século XX¹⁰. Camilo Castelo Branco. Antero de Quental. Fernando Pessoa. Eça de Queiroz.

Talvez outro exemplo interessante da transformação do homem em poesia possa ser a dedicatória de Henriqueta Lisboa, à qual era ligado por relações de parentesco e de que foi grande amigo.

Rosas

A Paulo Emílio

Ó surpresa! Ó rosas!
 De que reino viestes?
 De que vívida aurora
 transparente e secreta,
 vos nasceram no talo
 uma por uma as pétalas,
 tal como se ensaiásseis
 de asas e auras o voo
 para além do sol-pôr?

Ó mistério! Ó rosas!
 Mas que magnificência
 significais, num mundo
 que não habitareis
 senão claros minutos,
 nessa premente e surda
 condição de beleza
 que vos torna profunda

9 Cartão com timbre do Tribunal Superior do Trabalho, datado de 28/03/1973.

10 Além do dito muitas vezes, a menção a isso foi feita numa matéria do Diário da Tarde, de 11/07/1959, intitulada *Ex-mau aluno, ex-leitor do "Globo Juvenil", Paulo Emílio é Juiz (nota dez) do Trabalho*, quando de sua aprovação no primeiro concurso para juiz substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

a alegria de ser?

Perturbadoras rosas!
Trasladais porventura
do eterno para o efêmero
a mensagem primeva.
E baldada a esperança
de solvência entre os homens
dai-vos de alma ao delíquio
em que a bruma voz toma
e vos identifica
entre o anelo e o suspiro.¹¹

Nos últimos dias de sua vida¹², ele queria poesia e música, sobretudo tango, essa dança que é também luta, e Vicente Celestino, com o derramado das dores e dos conflitos humanos. Havia momentos, porém, em que só se animava com poesia. Alguns poemas eram mobilizados quando as pausas e os sons da música não eram suficientes: Ismália, de Alphonsus de Guimaraens¹³, A felicidade, de Vicente de Carvalho¹⁴, Vida, de João de Deus de Nogueira Ramos¹⁵.

O poema que ele inspirou a Henriqueta Lisboa era também usado para que ele risse da abertura da poeta, apesar de sua reconhecida timidez. Era mais do que a grande amizade. Os versos representavam o transe da vida inteira entre a totalidade e cada minuto de surda condição de beleza. Anelo e suspiro. Voz que transpõe o delíquio entre o eterno e o efêmero na vida que é sempre curta demais.

Não se considerava um poeta, mas é impressionante como, agora, nos achados dele, percebemos a necessidade tão grande de expansão pela poesia, de comunicação por meio dela, como o desejo que ele expôs na carta ao amigo:

Nunca fui poeta. Mas tão fortes vieram as ideias, tão descomunais os sentimentos que ando em busca de uma forma, [...] onde possa contê-los e liberá-los... É uma desgraça, quando se tem a essência e não se sabe como dizê-la. [...]¹⁶

No acumulado de pedacinhos de papel amarelecidos estão as palavras e o pensamento sobre como trazê-las à vida pelos caminhos da cidade que o abrigou na vinda de São Gonçalo do Sapucaí. É a Belo Horizonte, na efervescência de seus 60 anos, que ele expõe na folha datilografada ao mesmo amigo,

11 LISBOA, Henriqueta. Rosas. In: LISBOA, 2020, v. 1, p. 409.

12 Já tive oportunidade de dizer isso no comentário que de decisão dele, no tópico Decisões Precursoras, da Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região - LOPES, 2018, p. 320.

13 Disponível em: Ismália – Poetisarte. Acesso em: 01/06/2026.

14 Disponível em: Felicidade // Vicente de Carvalho. Acesso em: : 01/06/2026.

15 Disponível em: A Vida – João de Deus Ramos – Instituto Poimênica. Acesso em: 01/06/2026.

16 Texto extraído de uma folha de papel datilografada e dirigida a Cipião Marins Pereira.

explicando a poesia que escreveu e o porquê de querer mostrá-la. É o silêncio e o cotidiano, essa também matéria-prima dos saberes sobre os dias inscritos em palavras:

Tive todo o pensamento voltado para a Avenida Augusto de Lima ao traçar esses farrapos de vida, que lá deixamos. Uma impressão muito forte arrastamos daquilo, e muito mais dos dias calados que vivemos ali. Certos indivíduos calam mais ao ruído, às fortes impressões de rua, mas o que me estranha é encontrar algo irremovível e violento num dia ou num minuto de silêncio. Converso contigo isto, pois te conheço e deixei de ver em tua pessoa o fútil arrastado pelas contingências. Parece-me que nos compreendemos bem neste ponto. E vai um abraço do velho amigo, cheio de rútilas misérias... ¹⁷

Aqui, hoje, ele retoma a conversa sem ruídos, que se espalha na região imaterial, que é a do pensamento traduzido em memória. Uma conversa que não se faz no corpo a corpo, mas que expressa as *rútilas misérias* do irremovível e do violento que está no dia e no minuto de nossas ações cotidianas. Para ele, o trabalho no Tribunal, primeiro como datilógrafo, depois como juiz de primeiro e de segundo graus. Para ele, o trabalho como professor nas Faculdades de Direito da PUC/MG e da UFMG. Para ele, a manufatura da justiça, nos conflitos e nos dissensos que o Tribunal enfrenta todos os dias. Nas audiências, nas secretarias, nas salas de sessão, nos gabinetes. Para ele, o pensamento intenso de composição no processo de conhecer e expressar a formulação em concreto do direito aplicado. Uma vida de não se calar ao ruído, às impressões da rua que escapam da futilidade arrastada da rotina. Tudo isso é substância para aprender, para compreender, para testar conhecimento do direito na dinâmica que é fonte dialógica da pedagogia no múltiplo dos processos que se instruem, que se julgam, que se executam.

O último dos artigos de *Direito do Trabalho & Fundo de Garantia*: temas atuais de direito material, direito processual e direito coletivo do trabalho intitula-se *Região Metropolitana e estrutura sindical brasileira*¹⁸. É um texto denso, de direito coletivo do trabalho, em que ele enfrenta a questão da *base territorial* dos sindicatos, orientada à figura da *região metropolitana* e dos interesses das categorias profissionais e econômicas. Eu gostava de ler, em voz alta para ele, as linhas finais do texto. Brincava sobre o dramático de ele se ver isolado na cidade. Ele achava graça. Dentro de mim, porém, e ele sabia disso, estava o susto pela impensável beleza das palavras escolhidas para um artigo de técnica jurídica:

Ao encerrar-se este trabalho, tem-se em mente que toda exposição cultural e científica, por mais completa que se pretenda, é sempre fragmentária. A realidade que se procura enunciar ou acompanhar é surpreendentemente vária, complexa, espacial e temporalmente sucessiva.

17 Texto extraído de uma folha de papel datilografada e dirigida a Cipião Marins Pereira.

18 VILHENA, 1978, p. 263-295.

O fenômeno da metropolização, o gigantismo insulante das grandes cidades e de suas satélites, como fenômeno agremiativo, repete, historicamente, e *mutatis mutandis*, o fenômeno de fusão entre os burgos medievais, porém em dimensões avassaladoras para o homem, que se isola e que procura, não mais na cidade, mas no universo circundante, um vago ponto de luz, que abrigue sua alma solitária.¹⁹

Paulo Emílio não era um viajante. Não gostava do turismo simplório de ir a lugares para passar o tempo. Sua viagem favorita sempre foi a que fazia aos dicionários. Circulando de uma palavra a outra. Dicionários da língua portuguesa. Dicionários de todas as línguas. Dicionários etimológicos. Dicionários analógicos. Não importava o texto que lesse (do jornal diário ao livro em alemão), haveria nele um termo ou uma expressão sobre que, tendo dúvida ou pelo puro prazer, era levado a procurar significados. E deste ponto de partida iria para várias outras palavras num exercício que poderia demorar horas. Só assim se pode entender a sua produção em teoria geral do direito, em direito individual, coletivo e processual do trabalho.

2. UM HOMEM COMO PROSA

Sempre tentei encaixar, nas disciplinas que lecionei, o conteúdo de *Direito Público e direito privado sob o prisma das relações jurídicas*²⁰. A razão é absolutamente pragmática: a convicção serena de que não há outra maneira de compreender a dinâmica e a interação das relações jurídicas. A pesquisa e o livro que resultou dela constituem vetor muito atraente para o entendimento dos dados de várias dimensões dinâmicas e relacionais da vivência do direito.

Não é usual que se adote a expressão *pesquisa básica* no direito. Mesmo que ela exista, nem sempre a teoria é aproveitada com clareza para essa armação de fundamento de outras pesquisas. Refere-se mais comumente apenas à doutrina. É muito pouco.

Em *(Re)pensando a pesquisa jurídica*, Miracy Gustin, Maria Tereza Fonseca Dias e Camila Nicácio, depois de afirmarem que as pesquisas “são desenvolvidas para a solução de problemas coletivos, nunca questões individualizadas”, reconhecem nelas “funções diferenciadas”²¹. As pesquisas básicas, dizem, destinam-se “a desenvolver novos campos de saber ou a fundamentar a geração de conhecimento”²².

19 VILHENA, 1978, p. 295.

20 Essa circunstância foi explorada na Nota à 3ª edição da obra, a primeira post-mortem. Cf. VILHENA, 2018, p. VII-XIII.

21 GUSTIN, DIAS, NICÁCIO. 2000, p. 73.

22 Op. cit.

Quando apresentei o livro na pós-graduação, numa disciplina, então obrigatória, que se chamava Teoria do Direito, comecei usando, quase como alegoria, um opúsculo de Alf Ross chamado Tû-Tû²³.

O autor inicia o texto com a referência às Ilhas Noisuli, no Pacífico do Sul à Tribo Aisat-naf, conhecida como um dos povos mais primitivos do mundo²⁴.

Lá, tudo o que violasse um determinado tabu daria origem ao que é denominado tû-tû. Quem comete a infração se põe tû-tû, que é concebido como uma espécie de força ou vínculo perigoso que recai sobre o culpado e ameaça toda comunidade com o desastre. Os enunciados que incluem a palavra tû-tû prescrevem e, ao mesmo tempo, descrevem²⁵. E são absorvidos ainda como co-minação.

Numa síntese arriscada, que proponho agora, Ross diz que essa força e vazio da palavra tû-tû podem ser equiparados a termos e expressões da técnica do direito que só ganham sentido por seu caráter operacional:

[...] o conceito de direito subjetivo é um instrumento para a técnica de representação que serve exclusivamente para fins sistemáticos, e que em si não significa nem mais, nem menos do que tû-tû.²⁶

A ideia de *Direito público e direito privado sob o prisma das relações jurídicas* é de que a segmentação entre direito público e direito privado faz mais sentido quando associada ao conceito de relações jurídicas como instrumento para a técnica de representação necessária para fins sistemáticos.

O Direito, como sistema de organização da vida social, é uma realidade. Exprime-a e disciplina-a.

Exprimindo-a, condensando formas de conduta em preceitos jurídicos, é tão real quanto a realidade a que visou encobrir e garantir.²⁷

Ele alerta para o paradoxo na teorização e no conhecimento do direito: de um lado, a imposição dos conceitos jurídicos fundamentais, “aqueles que não podem ser arredados, sem que se desnaturem na substância de sua definição”²⁸, de outro o risco de se carecer “de uma fisiologia vívida”²⁹:

[...] excessivo depuramento da técnica de análise e a limitação do material utilizado poderão afeiçoar à substância do trabalho formas ressequidas de expressão, como se se compulsasse um ser inanimado ou se dissecasse um cadáver³⁰.

23 ROSS, 1961.

24 ROSS, 1961, p. 7.

25 ROSS, 1961, p. 9.

26 ROSS, 1961, p. 42.

27 VILHENA, op. cit., p. 7.

28 VILHENA, 2018, p. 4.

29 VILHENA, 2018, p. 4.

30 VILHENA, 2018, p. 4.

Direito público e direito privado não é divisão que funcionará para mera alocação estanque dos chamados ramos do direito, até porque para ele, “a regionalização estrutural do direito, a sua divisão em público ou privado, não há de necessariamente guardar nexos com a distribuição das disciplinas jurídicas”³¹.

As disciplinas jurídicas tampouco são estanques. A interação entre elas é o que possibilita a interpretação das normas com vista à aplicação à base fática dos conflitos.

O caráter relacional do direito dá a medida para o aperfeiçoamento da ordem jurídica e dos processos de aplicação. O direito preenche o circuito de tempo e de espaço num movimento que é susceptível de aperfeiçoamento ou de retrocessos. Como os conflitos não param, tampouco se esgotam as necessidades de direitos, de interpretação, de compreensão da efetividade do cumprimento espontâneo das normas jurídicas. Ou não.

Por isso, a importância de se considerar que a perfectibilidade de cada ordem jurídica se mede “pelo grau de intensidade de absorção e de neutralização de forças sociais conflitivas e sua representação nos canais lineares da construção normativa”³². Observando o sistema jurídico, não potencialmente, mas em ato, na revelação de sua dinâmica, compreende-se como as relações jurídicas de direito público se avolumam na exata medida do descumprimento dos preceitos relevantes para a regulação das relações privadas.

Por isso, o capítulo sobre a sanção foi tão lido, relido e ampliado quando da revisão do texto para sua segunda edição. Ouvi-o dizer, várias vezes, naqueles dias, que queria aprofundar mais a parte sobre a sanção, cuja cominação e aplicação expressam-se na execução forçada³³, espaço fundamental para a ação do Estado-sujeito-de-direito³⁴. É da insuficiência da sanção para o cumprimento espontâneo absoluto das normas que se depreende a mera perfectibilidade do direito.

A construção teórica apoia-se, então, numa perspectiva dicotômica para localizar a atuação do Estado. No que chama de *interpolação alternativa*, a obra define e correlaciona as figuras do Estado-ordem-jurídica e do Estado-sujeito-de-direito:

Evidentemente, nessa hipótese em que o Estado não invade apenas a relação jurídica privada, com sua vontade imperativa disposta na norma – como ordem jurídica – mas, além disso, ele mesmo – como sujeito de direito –, compõe

31 VILHENA, 1961, p. 6.

32 VILHENA, 2018, p. 36.

33 Kelsen desenvolve o tema da sanção, partir do “sentido específico desta palavra”, o qual aparece “no domínio das ordens jurídicas estaduais – sob duas formas diferentes: como pena (no sentido estrito da palavra) e como execução (execução forçada)”. Ambas as formas de sanção consistem na “realização compulsória de um mal”, usualmente a cargo do Estado-sujeito-de-direito - KELSEN, 2003, p. 121 et seq.

34 VILHENA, 2018, p. 64-80.

outra relação jurídica, sobre a primeira, agora de direito público, e entra no círculo jurídico objeto daquele interesse tutelado – surge aí uma situação diversa que com a primeira não se confunde.³⁵

Não há oposição entre as ideias do Estado como ordem jurídica e como sujeito de direito. É apenas uma perspectiva para entender e para acessar o intercambiamento entre as relações jurídicas de direito privado e as relações jurídicas de direito público, que não se formulam a partir de um quadro neutro:

Insiste-se: unitariamente considerada, a relação jurídica é incolor. Somente a reunião, o cruzamento ou a superposição de relações jurídicas é que revelarão um princípio organizado de tutela de interesses, uma situação jurídica, um instituto jurídico (conceito que tem tonalidade fosca e quase sempre difusa), uma posição jurídica firmada segundo um princípio jurídico.³⁶

Essa compreensão viva do sistema jurídico, sempre em construção, exercita o olhar dos que trabalham com o direito em suas diversas dimensões e espanta a ideia corriqueira de que ele seja frio, de que ele seja dado apenas a partir de sua pontuação em abstrato e até de que, na esfera multifária da concreção, haja de fato uma perspectiva dogmática.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: QUASE MEMÓRIA

Um filho recebe um pacote fechado e reconhece a letra do pai e o modo peculiar com que ele preparava os embrulhos. “Tudo no embrulho o revelava, inteiro, total.”³⁷ *Quase memória*, de Carlos Heitor Cony, compõe-se a partir desta entrega da encomenda que, nunca aberta, traz a lembrança total pela reimaginação do que viveram:

Por isso mesmo, não tive pressa em abri-lo. Olhava o embrulho sem curiosidade e, agora, sem susto. Conhecendo o pai como o conhecia, eu não devia estar admirado de ter recebido aquilo. Onde quer que estivesse e como estivesse, ele daria um jeito de se fazer sentir, de estar presente. Até fiquei com raiva por não ter previsto que, um dia, mais cedo ou mais tarde, sem mais nem menos, esbarraria com ele novamente, sob um disfarce ou pretexto qualquer. Imaginava apenas que esse disfarce seria um desses que se permitem aos mortos, uma lembrança mais vívida ou vivida, uma paisagem, um tom de voz, algumas palavras especiais que ele usava, “troféu”, por exemplo, para designar um martelo, um canivete, um pé de sapato, um livro, um pedaço de carne assada, uma coisa qualquer que ele queria ou precisava e cujo nome momentaneamente esquecera.³⁸

O discurso proferido por Orhan Pamuk quando recebeu o prêmio Nobel em 2007, transcrito em *A mala de meu pai*, usa a mesma tônica. Ele inicia seu

35 VILHENA, 2018, p. 85-86.

36 VILHENA, 2018, p. 52.

37 CONY, 2014, p. 11. O livro de Carlos Heitor Cony relido para este trabalho veio na conexão com PAMUK, 2007.

38 CONY, 2014, p. 13.

agradecimento contando que um dia recebera uma mala que imaginava conter os exercícios de seu pai para tornar-se escritor.

Enquanto eu fitava tão ansioso a maleta que ele me legara, também sentia que aquilo era exatamente o que eu não seria capaz de fazer. Meu pai às vezes se estendia no divã diante dos seus livros, abandonava o livro ou revista que tinha nas mãos e se entregava a um sonho, perdia-se por muito tempo nos seus pensamentos. Quando via no seu rosto uma expressão tão diferente da que ele costumava exibir nas brincadeiras, nas implicações e nas escaramuças da vida em família — quando via os primeiros sinais de um olhar para dentro —, eu, especialmente na infância e nos primeiros anos da juventude, entendia com algum nervosismo que ele estava descontente. Hoje, tantos anos depois, sei que esse descontentamento é o traço básico que transforma uma pessoa em escritor. Para tornar-se escritor, paciência e empenho não bastam: a pessoa, antes, precisa sentir-se compelida a evitar multidões, as outras pessoas e os assuntos da vida ordinária de todo dia, recolhendo-se e ficando em silêncio. Ansiamos por paciência e esperança que nos permitam criar um universo profundo na escrita. Mas o desejo de recolhimento é o que nos impele à ação.³⁹

Cada livro aberto, cada recorte de jornal, cada pequeno fragmento de papel trazem-no inteiro, seja por sua história pessoal, a justificar o modo de ser no mundo, seja por sua história profissional, pela compreensão do direito na dinâmica de aplicação e interação.

Um desvio para essa reinserção na conjunção das várias facetas pode se dar recapitulando as dedicatórias de seus livros. Cada um representa um acerto de contas com os personagens principais de sua vida.

Minha dedicatória favorita é a das mulheres. A tia que, casando-se com o pai dele, desempenhou o papel da mãe morta em 1928 pela púrpura. A irmã mais nova, presa na trama do adoecimento mental, cujos cuidados materiais e imateriais ele dividiu com a *pequena família*. A irmã mais velha, com quem comungou os percalços.

In memoriam

Maria José Ribeiro de Vilhena, a quem devo os mais extremosos cuidados da criação e em quem a tenacidade, a lucidez e a fidelidade pessoal foram permanentemente resposta aos pequenos e grandes desafios da vida cotidiana.

Maria Vitória Ribeiro de Vilhena, à infância, à adolescência e aos primeiros anos da mocidade, em que nos iluminaram esperanças e em que sonhar era uma forma de comunicar ternuras.

Maria Aparecida Ribeiro de Vilhena, que com afeição e afincio jamais renunciou ao apego e à dedicação e ao toque de luminosidade que nos identificam substancial e, por vezes, anonimamente com a vida.⁴⁰

39 PAMUK, 2007, p. 8.

40 VILHENA, 2018.

A partir da segunda edição, *Relação de emprego*: estrutura legal e supostos, inicialmente dedicado apenas ao pai, acolheu também os netos, com uma evocação: “que a vastidão dos horizontes por vir, longe de assustar, encoraje”⁴¹.

Contrato de trabalho com o Estado foi dedicado aos avós “que tiveram no trabalho uma forma de dignação da vida”⁴². *Direito e processo do trabalho*, ao filho, “pelo espírito e pelo coração”⁴³.

*Justiça distributiva e técnica jurídica*⁴⁴, a tese de doutorado, foi dedicada aos professores da Pós-Graduação entre 1957/1958. Alberto Deodato, Gerson Brito Mello Boson, Paulo Neves de Carvalho, Celso Barbi. Há outros não mencionados, Carlos Campos, o mais importante. Amílcar de Castro, sempre evocado como exemplo de docente.

Recursos trabalhistas e outros estudos de direito e de processo do trabalho foi dedicado a amigos dos anos de mocidade. Não lhes direi os nomes. Tantos amigos e tantas amigas de todos os tempos ficarão de fora. Não compensa a deselegância. Acho que ele não gostaria. Mas preciso contar uma história, por escrito, para fixar registro. No primeiro aniversário após seu falecimento, recebi um telefonema de Afonso Celso Raso. Seu juiz classista, jornalista, que representava os empregados, no início dos anos 1960 na 4ª Junta de Conciliação e Julgamento de Belo Horizonte. Seu compadre. Seu amigo de sempre me disse: “A partir de agora, vou te ligar todo ano no dia do aniversário dele. Fiz isso a vida toda. Quero continuar ligando para ele no 06 de maio.” Essas ligações, para as quais me preparo todos os anos, constituem uma felicidade que não tem tamanho e que não cabe explicar.

Retomando o discurso de recebimento do Nobel, traçado a partir da lembrança do pai, quase-escritor, Pamuk situa-se na vida:

A vida só pode ser feliz se conseguirmos enquadrar esse estranho e intrigante produto em alguma moldura. Na maior parte das vezes, a nossa felicidade ou infelicidade não deriva da vida propriamente dita, mas do significado que lhe damos. Dediquei minha vida a tentar explorar esse significado. Ou, em outras palavras, passei a vida inteira vagando em meio ao tumulto e ao barulho do mundo caótico, difícil e acelerado dos dias de hoje, empurrado para lá e para cá pelas guinadas da vida, à procura de um começo, um meio e um fim...⁴⁵

Uma história sempre reprisada era a de que poderia ter se dedicado ao teatro. Contava muitos casos das experiências de ator em São Gonçalo do Sapucaí e em Belo Horizonte, aqui, no Teatro do Estudante.

41 VILHENA, 2005.

42 VILHENA, 2002.

43 VILHENA, 1994.

44 VILHENA, 1960.

45 PAMUK, 2007, p. 35-36.

Uma notícia, sobre isso, foi publicada em 1948. “Temporada do Teatro do Estudante: Uma noite de primavera sem sono”, de Poncela, de Celso Brant⁴⁶. Nela uma avaliação do ator Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena:

Paulo Emílio R. de Vilhena foi, sem dúvida, a maior figura da noite. Sua interpretação do papel de Valentim esteve magnífica. Já com seguro domínio do palco deu à sua criação a melhor das possibilidades. Foi logo de entrada conquistando o público, o que favoreceu enormemente o resto do seu desempenho. Soube vencer a dificuldade dos papéis cômicos com uma interpretação discreta e espirituosa. É um elemento de futuro e que tem, realmente jeito para o teatro.

Ele se orgulhava de que Pascoal Carlos Magno, um nome importante do teatro brasileiro, fundador do Teatro do Estudante no Brasil, numa vinda a Belo Horizonte, quis levá-lo para o Rio de Janeiro. Seria ator. O pai vetou. Um homem precisava ter uma profissão.

Como teria sido a vida dele fora do direito? O que de sua experiência de ator perpassou, como juiz e advogado, a performance nas salas de audiência, nas sessões de julgamento nos tribunais? Como professor, muitas vezes homenageado pelos alunos, nas salas de aula? Quanto de seu senso de humor tão rascante, essa palavra de que ele gostava tanto, desbordou os limites da intimidade e caiu nas cenas da esfera pública, exatamente por que um dia ele enfrentou o palco e foi Valentim?

Não há como tracejar a memória do que não foi. No *Museu de tudo*, faz-se uma escolha daquilo que se exporá e cada intérprete recolherá os significados para o que se apresenta como relíquia que permanece do cotidiano de alguém. Começo, meio e fim.

Ao caminhar para a finalização deste texto, continuei sentindo falta de uma dedicatória. Eu a havia procurado em todos os lugares, em todos os livros editados e em suas várias edições. Sabia que ele a tinha escrito. Lembrava disso perfeitamente. Então, com outro objetivo, abri um arquivo em meu computador, em que está a versão digitada de *Justiça Distributiva e Técnica Jurídica*, na qual ele pretendia trabalhar para uma edição além da tese de 1960. Lá estava a dedicatória à mãe, cuja ausência prematura impactou o menino, o jovem, o homem por toda a vida. Como um embrulho ou uma mala nunca abertos, ele falava da nitidez do som do piano que a ouviu tocar antes dos dois anos de idade. Ele guardava a presença intensa da falta. Por isso, na versão que viria ampliada e revista, de sua primeira obra, impedida pela perda de visão decorrente da degeneração macular, planejava, primeira coisa escrita, a dedicatória muito simples:

46 Estado de Minas, out. 1948.

A memória
Maria de Lourdes Ribeiro de Vilhena
Minha mãe.
(21/9/1902 - 12/7/1928)

Achado no mesmo e surpreendente acaso, como se eu tivesse aberto o embrulho ou a mala, encerro o texto com um extrato do prefácio inconcluso à edição que não veio de *Justiça distributiva e técnica jurídica*. Não me lembrava de que ele o havia iniciado. Vai aqui incompleto e como esperança de manter o homem, cujo centenário celebramos, sempre rente da vida, a partir dessa visita a um museu de todas as coisas:

Se diversas são as fontes inspiradoras que impulsionam o homem na busca da permanente recriação de suas forças místico-efetivas, seu centro de inspiração é um só: o ser solitário que procura intercomunicar-se pelas formas mais sutis de que o provêm a natureza e os desafidores desvãos da sua consciência do mundo.⁴⁷

REFERÊNCIAS

CONY, Carlos Heitor. **Quase memória**. 29. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2014.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca, NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 5. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Almedina, 2020.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LISBOA, Henriqueta. **Obra completa: Poesia**. Org. Reinaldo Marques e Vander Melo Miranda. São Paulo: Peirópolis, 2020, v. 1.

LOPES, Mônica Sette. A Justiça do Trabalho em Minas nos anos 40 a 60: um personagem e seu ofício. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. v. 60, p. 317-363, 2012. (Disponível em: A Justiça do Trabalho em Minas nos anos 40 a 60: Um personagem e seu ofício. | Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Acesso em 31/05/2026).

LOPES, Mônica Sette. Decisão precursora. Acordo intersindical. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte, v. 64, n. 97, p. 301-322, jan./jun. 2018. (Disponível em: revista-97.pdf. Acesso em: 04/06/2026).

LOPES, Mônica Sette. **Direito e comunicação: uma perspectiva caleidoscópica**. São Paulo: Dialética, 2023.

47 VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Rascunho de prefácio para edição não realizada de *Justiça distributiva e técnica jurídica*.

MELO NETO, João Cabral de. O museu de tudo. *In: Poesia Completa*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2020.

PAMUK, Orhan. **A maleta do meu pai**. Trad. Sergio Flaksman. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

PAMUK, Orhan. **O museu da inocência**. Trad. Sergio Flaksman. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

ROSS, Alf. **Tû-Tû**. Trad. Genaro B. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961.

STEEN, Edla van. **Viver e escrever**. 2. ed. Porto Alegre: L&PM, 2008, v. 2.

VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de. **Justiça distributiva e técnica jurídica**. 1960. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 1960.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Direito do Trabalho e fundo de garantia: temas atuais de direito material e de direito processual**. São Paulo: LTr, 1978.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Direito e processo do trabalho**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Direito público e direito privado: sob o prisma das relações jurídicas**. 3. ed. rev. por Mônica Sette Lopes. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de; LOPES, Mônica Sette. Retrato em branco e preto: memórias de uma sala de audiências do início da década de 60. **Revista de Direito do Trabalho** (São Paulo). v. 43, p.109 - 136, 2017.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Contrato de trabalho com o Estado**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2002.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Recursos trabalhistas e outros estudos de direito e de processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de, LOPES, Mônica Sette. Memórias sobrepostas da Faculdade de Direito da UFMG. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. v. 40, p. 83 - 97, 2012. (Disponível em Memórias sobrepostas da Faculdade de Direito da UFMG | Revista Brasileira de Estudos Políticos, acesso em 31/05/2026).

LINHA EDITORIAL DA REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFMG.

A Revista da Faculdade de Direito da UFMG tem como *pedra de toque* o resgate da memória histórico-jurídica ocidental, sobretudo, da brasileira e, como *norte*, a elaboração imaginativa e criadora de textos fundamentais à compreensão do tempo presente (inclusive através da reflexão sobre o passado), do tempo futuro. O Direito apresenta-se com estrutura conservadora e com a feição de controle social – mas nele há potencialidade transformadora, porque feito e realizado por meio de palavras e da linguagem. Se no Direito há obrigatoriedade, também há a tragicidade e a beleza de todos os aspectos da humana vida.

Além da edição semestral, característica de sua periodicidade, a Revista da Faculdade de Direito da UFMG, *anualmente*, apresentará número especial sobre os seguintes tópicos escolhidos, mediante fundado parecer por seu Conselho Editorial:

1. Homenagem a vulto jurídico ou à personalidade com contribuição fundamental às letras jurídicas;
2. Escolha de tema do passado histórico ou tema da atualidade, com convidados para a escrita e a discussão, em perspectiva interdisciplinar, em todos os graus de formação acadêmica – graduação, pós-graduação, corpo docente de instituições de ensino superior e profissionais de diversas áreas e campos do saber;
3. Estudos temáticos por área de conhecimento para sistematizar e para aprofundar a produção de “saber” da Faculdade de Direito da UFMG;
4. Resgate Histórico dos grandes pensadores do passado com a publicação de seus textos, obedecida à normativa vigente.
5. Coletânea de resultados de pesquisas resultados de projetos desenvolvidos com apoio institucional e agências de fomento.

Os artigos aceitos pela Revista da Faculdade de Direito da UFMG, com a declaração de *ineditismo* do(s) autor(es), abarcam artigos de pesquisa e de experimento, ensaios, artigos interdisciplinares, resenhas e resumos. Também, na Revista, haverá o espaço da academia pelo avesso – atenta à visão histórica da originalidade do pensamento fora dos cânones universitários – ou seja, o autor ou os autores poderão apresentar, livremente, reflexão fundada fora do jugo acadêmico – quer pela singular expressão artística, quer pelo peculiar expressão técnica. A desobediência ao cânone é o convite para o aperfeiçoamento das ideias.

Todos os direitos editoriais estão reservados à Faculdade de Direito da UFMG e, ante a vigência da lei de direitos autorais, deverão ser rigorosamente obedecidos. A publicação dos artigos pela Revista da Faculdade de Direito da UFMG será feita sob o compromisso de transferência dos direitos autorais à publicação, acompanhada de termo de responsabilidade pessoal do(s) autor(es) sobre o conteúdo das ideias divulgadas e o seu ineditismo e originalidade, mediante prévio modelo.

A apreciação dos artigos e dos ensaios será feita por dois pareceristas, no sistema *duplo-cego* e somente serão aceitos os artigos e os ensaios com a emissão de parecer favorável à publicação. Em caso de divergência, haverá o encaminhamento a terceiro parecerista, o qual funcionará como “voto de Minerva”.

A tônica da apreciação dos artigos e dos ensaios é a humildade do autor e do próprio parecerista, garantido o anonimato de ambos, porque o conhecimento exerce-se na noite silenciosa¹ A Revista da Faculdade de Direito da UFMG necessita de autores que escrevam “(...) *páginas de espuma/Não para o homem orgulhoso/Que se afasta da lua enfurecida/Nem para os mortos de alta estirpe/Com seus salmos e rouxinóis,/Mas para os amantes, seus braços/Que enlaçam as dores dos séculos.(...)*”²

No caso de artigos ou de ensaios com pesquisas envolvendo pessoas humanas, deverá haver a prévia aprovação da pesquisa pelo Comitê de Ética em Pesquisa, bem como a obediência estrita e restrita às declarações internacionais e às resoluções do Conselho Nacional de Saúde.

Não haverá pagamento de nenhuma remuneração ao(s) autor(es), sendo-lhes entregues dois exemplares da Revista da Faculdade de Direito da UFMG, em caso de publicação.

Serão aceitos artigos em Português, Inglês, Espanhol, Italiano, Francês e Alemão.

As normas de publicação estarão disponíveis, também, no sítio eletrônico da Faculdade de Direito da UFMG.

1 Referência a Dylan Thomas.

2 THOMAS, Dylan. *Em meu ofício ou arte taciturna*. Trad. Ivan Junqueira. Disponível em: <http://www.culturapara.art.br/opoema/dylanthomas/dylanthomas.htm>. Data de acesso: ago de 2011.

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFMG

INSTRUÇÕES PARA OS COLABORADORES

As colaborações destinadas à Revista da Faculdade de Direito da UFMG deverão constituir de artigos científicos **originais** e **inéditos** contendo relato de pesquisa ou de experiência, fundamentados teoricamente, resultados inéditos de pesquisa de natureza empírica, experimental, bibliográfica ou documental, que atendam às disposições contidas nas Normas Brasileiras de Documentação especificadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), dentre as quais destacamos: **NBR 6022** (Informação e documentação – Artigos em publicação periódica impressa – Apresentação); **NBR 6023** (Informação e documentação – Referências – Elaboração); **NBR 6028** (Informação e documentação – Resumo – Apresentação); e **NBR 10520** (Informação e documentação – Índice – Apresentação).

Os autores das contribuições deverão ser portadores do título de doutor, vinculados a Instituição de Ensino com Programa de Pós-Graduação **stricto sensu**, admitindo-se também a candidatura de artigos escritos em coautoria entre doutores, desde que todos os colaboradores tenham vínculo com uma Instituição de Ensino com Programa de Pós-Graduação **stricto sensu**.

Para garantia de anonimato no processo de avaliação, os artigos devem ser apresentados da seguinte forma: ter uma folha de rosto, separada das demais, onde deverá constar o título, nome do autor, profissão, vínculo institucional e título acadêmico, endereço, telefone e e-mail.

Apresentamos, a seguir, diretrizes a submissão de trabalho. Seu descumprimento poderá implicar em rejeição de publicação do artigo no periódico.

1. FORMA E APRESENTAÇÃO DOS ARTIGOS.

- 1.1. As colaborações devem ter, de preferência, entre 10 e 20 páginas textuais;
- 1.2. Devem ser apresentadas em documento de extensão DOC remetido ao sistema do site da revista;
- 1.3. O arquivo deverá estar formatado em tamanho A4, espaçamento 1,5, uma linha de espaço entre parágrafos, fonte Times New Roman, tamanho 12 para o corpo do texto e tamanho 10 para as notas de rodapé;
- 1.4. A largura das margens da página deverá ser: superior e esquerda – 3cm; inferior e direita – 2cm; cabeçalho – 1,5cm; rodapé – 1,0cm;
- 1.5. O alinhamento do corpo do texto deverá ser justificado;
- 1.6. A numeração deverá estar na parte inferior da página à direita.

2. CABEÇALHO.

- 2.1. **Título** do artigo em negrito, caixa alta e centralizado, conciso e sem abreviaturas. Quando for tradução de artigo, o nome do tradutor e o título original do trabalho devem constar em nota de rodapé;
- 2.2. **Resumo** de conteúdo, redigido na língua do texto, em no *máximo 250 palavras*. O resumo deverá explicitar o objetivo, método, resultados e conclusões contidas no documento, devendo ser preferencialmente estruturado em **parágrafo único**, observando-se as demais disposições da NBR 6028:2003 da ABNT. Deverá ficar localizado abaixo do nome do autor, separado por espaço duplo.
- 2.3. Resumo deverá vir acompanhado de **palavras-chave**: expressões significativas que representem o conteúdo do documento, inseridas logo abaixo do resumo, separadas e finalizadas por ponto.
- 2.4. **Sumário**, se houver, numerado em algarismo arábicos e recuado 5cm à direita.

3. TEXTO.

- 3.1. Desenvolvido segundo o plano apresentado no resumo, dividindo-se basicamente em três partes: Introdução, Desenvolvimento e Conclusão, obedecendo às subdivisões anunciadas no sumário quando for o caso;
- 3.2. Nota de agradecimento, se houver, deverá ser o último elemento do artigo;
- 3.3. Notas de rodapé, destinadas a indicações bibliográficas e comentários do autor do artigo, deverão ser numeradas seguindo a ordem de aparecimento no trabalho;
- 3.4. A primeira linha de cada parágrafo deve estar ajustada para iniciar-se a 2,5 cm de distância da margem esquerda.

4. ELEMENTOS EM LÍNGUA ESTRANGEIRA (título, resumo e palavras-chave) observar as disposições da NBR 6022 (ABNT, 2003b);

- 4.1. **Título e subtítulo se houver, em língua estrangeira** apresentar o título em inglês. Os elementos em língua estrangeira devem ser colocados na primeira página após as palavras-chave redigidas na língua do o texto;
- 4.2. **Resumo em língua estrangeira** apresentar o resumo traduzido para o inglês (Abstract);
- 4.3. **Palavras-chave em língua estrangeira** apresentar as palavras-chave em inglês (keywords), inseridas logo após o abstract

5. ILUSTRAÇÕES.

- 5.1. Gráficos, mapas, tabelas desenhos e etc. devem ser numerados e titulados tão perto quanto possível do elemento a que se refere, indicando o autor, necessariamente, sua **fonte**.
- 5.2. As imagens deverão ser encaminhadas em arquivos separados do texto em alta resolução (300 dpi), nos formatos TIFF, JPG, CDR ou PSX.

6. CITAÇÕES E REFERÊNCIAS

- 6.1. As citações devem ser feitas em **nota de rodapé**, indicando os dados da fonte conforme o seguinte modelo: ALBINO, 2011, p. 26;
- 6.2. As referências completas devem ser apresentadas em ordem alfabética no final do texto, de acordo com as normas da NBR-6023 / ABNT e seguindo o seguinte modelo:

Livro:

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Assim falou Zaratustra**: um livro para todos e para ninguém. Trad. Mário da Silva. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998;

Livro disponível online

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Assim falou Zaratustra**: um livro para todos e para ninguém. Trad. José Mendes de Souza. eBook, 2002. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/zara.pdf>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

Capítulo de Livro:

COMANDUCCI, Paolo. Uma defesa do positivismo metodológico. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (orgs.). **Teoria do direito neoconstitucional**: superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, pp. 339-352, 2008.

Artigo:

SOMEK, Alexander. Stateless law: Kelsen's conception and its limits. In: *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n.4, pp. 753-774, 2006;

Artigo publicado em periódico disponível *on-line*

CAPUTO, Alice. Stato versus mercato, stato versus Unione Europea: la nuova disciplina degli aiuti di stato a favore dell'ambiente e dell'energia tra tutela della concorrenza e crescita sostenibile. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 69, pp. 45-68, 2016. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1781>. Acesso em: 26 dez. 2017.

- 6.3. As citações diretas de **até** três (3) linhas devem ser incluídas no parágrafo, entre aspas e sem alteração do tipo de letra;
- 6.4. As citações diretas de **mais de** três (3) linhas deverão ser destacadas do texto, inseridas com recuo de 4,0cm da margem esquerda, em fonte Times New Roman tamanho 10 e sem aspas;
- 6.5. Para outras informações acerca do uso de citações, o autor deverá consultar a NBR 10520:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

7. IDENTIFICAÇÃO DOS AUTORES

- 7.1 Não deve haver nenhuma forma de identificação do nome do(s) autor(es) no corpo do texto do artigo.
- 7.2 Os autores devem enviar um arquivo em extensão “.pdf” com os seguintes dados, sob pena de o artigo não ser submetido ao procedimento de avaliação:
 - 7.2.1. Nome completo;
 - 7.2.2. Titulação completa;
 - 7.2.3. Instituição a que se encontra vinculado (em caso de vínculo com mais de uma instituição, mencionar apenas a principal e, em caso de estar cursando curso de pós-graduação *strictu sensu*, mencionar o nome da instituição que ministra o curso);
 - 7.2.4. Endereço de e-mail;
 - 7.2.5. Endereço postal institucional (contendo indicação da Instituição de Ensino/Pesquisa, Unidade, Departamento, endereço, CEP, cidade, estado e país);
 - 7.2.6. Telefone para contato, estritamente se fizer necessário;
 - 7.2.7. As informações constantes do item 7.2.2 até ao 7.2.4 serão divulgadas na seção “Sobre os Autores”, em caso de publicação do artigo.

8. DISPOSIÇÕES FINAIS

- 8.1. Todos os direitos editoriais estão reservados à Faculdade de Direito da UFMG e, ante a vigência da lei de direitos autorais, deverão ser rigorosamente obedecidos. A publicação dos artigos pela Revista da Faculdade de Direito da UFMG implica na transferência dos direitos autorais à publicação.
- 8.2. Os autores são exclusivamente responsáveis pelo conteúdo das ideias divulgadas e pelo seu ineditismo e originalidade.

- 8.3. No caso de artigos ou de ensaios com pesquisas envolvendo pessoas humanas, deverá haver a prévia aprovação da pesquisa pelo Comitê de Ética em Pesquisa, bem como a obediência estrita e restrita às declarações internacionais e às resoluções do Conselho Nacional de Saúde.
- 8.4. Ao submeterem um artigo, os autores são responsáveis por reconhecer e revelar conflitos de natureza financeira, pessoal, comercial, política ou acadêmica que podem influenciar a elaboração ou avaliação do manuscrito.
- 8.5. Os autores deverão indicar se o artigo ou ensaio recebeu algum tipo de financiamento, por meio de nota de rodapé junto ao título do texto, em sua primeira página.
- 8.6. Não há pagamento de nenhuma remuneração ao(s) autor(es), sendo-lhe(s) entregue(s) um exemplar da Revista da Faculdade de Direito da UFMG, para cada autor, em caso de publicação.
- 8.7. São aceitos artigos em Português, Inglês, Espanhol, Italiano, Francês e Alemão.
- 8.8. A revisão linguística e bibliográfica deverá ser feita antes da submissão do manuscrito.

